This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

LANDESREGIERUNG SACHSEN
Justiz
Nr. 6

Entscheidungen

des

Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

Entscheidungen in Civilsachen.

Neunundvierzigster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1902.

Entscheidungen

des

Reichsgerichts

in

Civilsachen.

Neunundvierzigster Band.

V. 1(.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1902.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhalt.

I. Reichsrecht.

Nr.		Seite
1.	1. Ist der Rechtsweg zulässig für solche vermögensrechtliche Ansprüche eines im Reichsdienste angestellten Militäranwärters, welche auf die Behauptung gestützt sind, daß dieser früher, als geschehen, eine höhere Stelle hätte erhalten sollen? — 2. Steht nach den vom Bundesrate am 7. und 21. März 1882 beschlossenen Grundsätzen für die Besetzung der Subaltern- und Unterbeamtenstellen bei den Reichs- und Staatsbehörden mit Militäranwärtern, insbesondere nach § 21, dem zu einem Dienstzweige berufenen Militäranwärter unter allen Umständen das Diensteinkommen (ganz oder zu $^3/_4$) der untersten etatsmäßigen Stelle des betreffenden Dienstzweiges zu?	1
2.	Wodurch wird die Vermutung für das Bestehen der Hypothekenforderung entkräftet und der Gläubiger beweispflichtig?	6
3.	Genußscheine einer Aktiengesellschaft, die bei Aufnahme eines Darlehns neben den Schuldverschreibungen ausgegeben werden. Übertragbarkeit	10
4.	Anwendbarkeit des § 67a des Krankenversicherungsgesetzes (Fassung vom 10. April 1892) auf Fabrikkrankenkassen, die von Anfang an für die Betriebe verschiedener Unternehmer errichtet waren	16
5.	1. Beginnt nach § 11 Abs. 1 des Wettbewerbgesetzes vom 27. Mai 1896 bei jeder wiederholten Zuwiderhandlung gegen § 1 der Lauf einer neuen besonderen Verjährung des Unterlassungsanspruches? — 2. Erwirbt durch wiederholte Zuwiderhandlung gegen § 1 des angeführten Gesetzes der Thäter mit dem Ablaufe der Verjährungsfrist ein Recht auf ferneres gleiches Thun?	20
6.	Reichsstempel. Begriff des Interimsscheines im Gegensatz zur Aktie. — Ist die Hinterlegung von Wechseln als Einzahlung auf die Aktie anzusehen?	22
7.	Verantwortlichkeit des Notars für sein Bureaupersonal. Haftung des letzteren	26

Nr.		Seite
8.	Genossenschaft. Rückgängigmachung der von einem Genossen schriftlich geschehenen Kündigung der Mitgliedschaft	29
9.	Hat das die Unterlassung von Eingriffen in ein Patentrecht anordnende Urteil Rechtskraft für den Anspuch auf Entschädigung?	33
10.	Berücksichtigung verziehener Mißhandlungen bei einer auf § 1568 B.G.B. gestützten Ehescheidungsklage	37
11.	1. Rücktritt vom Vertrage nach §§ 327. 349 B.G.B. Muß der Zurücktretende Rückgabe gemäß § 294 anbieten? — 2. Anwendbarkeit des § 326 B.G.B., wenn die Leistung des im Verzuge befindlichen Teiles vorgängiger Berechnung bedarf. — 3. Bezieht sich § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. auch auf Ansprüche, die in zweiter Instanz neu erhoben worden sind?	38
12.	Rechtswirkung eines vor 1900 unter Herrschaft des französischen Rechtes geschlossenen Ehevertrages, durch welchen der Ehemann in erbrechtlicher Hinsicht den Kindern aus einer früheren Ehe gleichgestellt wird, gegenüber den Vorschriften der §§ 1931. 2303. 2307 B.G.B.	44
13.	Voraussetzungen des Anspruches wegen ungerechtfertigter Bereicherung. — Umfang des Schadensersatzes, wenn durch arglistige Täuschung der Abschluß eines Vertrages herbeigeführt worden ist	49
14.	Konkurrenz eines Wortzeichens mit einem aus dem gleichen Worte und einem Bilde bestehenden Kombinationszeichen	52
15.	Finden die §§ 561 Abs. 2. 581 Abs. 2 B.G.B. auf die vor 1900 entstandenen Pfandrechte des Vermieters und Verpächters Anwendung?	56
16.	Börsentermingeschäfte. Rückforderungsrecht des nicht im Börsenregister eingetragenen Kommittenten bezüglich der dem Kommissionär gezahlten und von diesem an seinen Kontrahenten abgeführten Vorschüsse	59
17.	Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 C.P.O. auf den nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Schaden, wenn infolge des vorläufig vollstreckbaren Urteiles vor diesem Zeitpunkte Beitreibung erfolgt ist	64
18.	Verhältnis der Gewerbeordnung zu den Vorschriften der Landesgesetze über Zuständigkeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Begriff der „Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden" und der „an den Staat und die Gemeinde zu entrichtenden Gewerbesteuern" in § 7 Nr. 6 Gew.O.	66
19.	Gerichtsstand des § 29 C.P.O. — Erfüllungsort für die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme (§ 433 Abs. 2 B.G.B.) bei Gattungskäufen	72
20.	Ist die Bestimmung des Statuts einer Aktiengesellschaft gültig, daß der Aktionär ausgeschlossen werden kann, und daß er in diesem Falle die Aktien gegen Zahlung des Originalbetrages an einen Dritten abtreten muß?	77
21.	Zeitliche Anwendung der Normen über ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht konnexer Gegenforderungen	81
22.	Begriff des Mitschuldigen in § 33 Nr. 5 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875	83

Nr. Seite

23. Zum Begriffe der nach § 16 Gew.O. konzessionspflichtigen Stauanlagen für Wassertriebwerke. — Gewerbebetrieb, auf dessen Einstellung nach § 26 Gew.O. nicht geklagt werden darf. — Umfang des Rechtes des Gegenüberliegers auf Zurückleitung nach § 13 Nr. 2 des preußischen Gesetzes vom 28. Februar 1843 85

24. Wann beginnt nach § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes die Verjährung des Anspruches gegen den Frachtführer wegen Verlustes des Gutes, wenn ein besonderer Tag der Ablieferung nicht vereinbart war? . . 92

25. Übergabe der bei dem Spediteur lagernden Ware durch Übertragung des Herausgabeanspruches, indem die Ware dem Erwerber unter Aushändigung eines Verfügungsscheines zur Verfügung gestellt wird. — Kann, wenn in dieser Weise der Verkäufer dem Käufer und dieser einem Dritten den Herausgabeanspruch abgetreten hat, diesem Anspruche des Dritten der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Käufer den Erwerb durch falsche Vorspiegelung von Kreditwürdigkeit bewirkt habe, und der Dritte dabei beteiligt gewesen sei? 97

26. Ist der Erwerber von Waren, die mit dem für sie eingetragenen Wortzeichen von dem Berechtigten versehen und in den Verkehr gebracht sind, durch die Zeicheneintragung gehindert, dieselben unter Benennung mit dem eingetragenen Worte zum Verkaufe anzukündigen? 101

27. Anspruch des Empfängers einer seewärts angekommenen Schiffsladung, daß der Schiffer die Verwiegung bei Übergabe an den Leichter an Bord des Seeschiffes gestatte 103

28. Zwangsvollstreckung aus einer Arrestvormerkung des bisherigen preußischen Rechtes nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze . . . 106

29. Verstempelung der Börsentermingeschäfte nicht im Börsenregister eingetragener Personen als Anschaffungsgeschäfte 111

30. Können nach § 8 G.V.G. Richter wider ihren Willen auch an eine nicht richterliche Stelle versetzt werden? — Steht Art. 63 des Großherzoglich hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 mit § 8 G.V.G. in Widerspruch? 112

31. Erfüllungsort für den Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises aus einem wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung vom Käufer angefochtenen Kaufvertrage (Nr. 109 S. 421) 126

32. Ist nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für vorher erfolgte Defllorationen die Defllorationsklage noch zulässig? (Nr. 49 S. 204) 127

33. 1. Ist der als Konkursverwalter fungierende Notar rechtlich verhindert, Vertragsanträge, welche ein Dritter der Konkursmasse macht, notariell zu beurkunden? — 2. Gilt ein so beurkundetes Vertragsangebot ohne weiteres als dem Notar in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter zugegangen? — 3. Kommt ein bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag auch dann mit der nach § 128 B.G.B. erfolgten Beurkundung der Annahme zustande, wenn

Nr. Seite

in dem gemäß § 128 beurkundeten Antrage ein bestimmter Termin oder eine bestimmte Frist, bis zu welchem oder bis zu deren Ablaufe der der Antragende nur gebunden sein soll, gesetzt ist, und der Antragende bis zu diesem Zeitpunkte keine Kenntnis von der Annahmeerklärung erhält? 127

34. Kann aus einem acceptierten, wegen nicht erfolgter Zahlung protestierten gezogenen Wechsel, wenn dieser nach Erhebung des Protestes abhanden gekommen ist, nach Kraftloserklärung des Wechsels auf Grund des Ausschlußurteiles Regreß gegen den Aussteller genommen werden? . 132

35. Gesellschaft mit beschränkter Haftung. — 1. Hat der Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, ein klagbares Recht auf Anerkennung der von ihm aufgestellten Bilanz? — 2. Ist ein solcher Geschäftsführer berechtigt über die Feststellung einer solchen Bilanz seine Stimme abzugeben? — 3. Ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gültig, daß bei Stimmengleichheit der Stichentscheid durch den Rechtskonsulenten der Gesellschaft zu geben ist? — 4. Ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gültig, daß bei Veräußerung eines Geschäftsanteiles an einen Nichtgesellschafter den übrigen Gesellschaftern das Vorkaufsrecht zu dem Nominalbetrage der Stammeinlage des Veräußernden zustehen soll? — 5. Haben die Gesellschafter ein unbeschränktes Recht auf Vorlegung und Einsicht der Geschäftsbücher nebst Beilagen und Belägen? 141

36. Klage eines unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches aus einem Vereine ausgeschlossenen Mitgliedes auf Aufhebung dieses Beschlusses. — Steht dem Richter neben der Prüfung, ob bei dem Beschlusse satzungsgemäß verfahren ist, auch eine sachliche Nachprüfung derselben in dem Sinne zu, ob ein triftiger Anlaß zur Ausschließung vorgelegen hat? 150

37. Nach welchem Rechte sind die Unterhaltsansprüche des Kindes zu beurteilen, wenn die Ehe der Eltern vor dem 1. Januar 1900 geschieden war? 155

38. 1. Findet § 377 H.G.B. auch bei einseitigem Handelskauf, namentlich dem Käufer gegenüber, der Kaufmann ist, Anwendung? — 2. Was ist zur Anwendung des § 157 B.G.B. erforderlich? ist insbesondere zur Feststellung einer Verkehrssitte der bloße Hinweis auf entsprechende handelsrechtliche Normen genügend? 157

39. 1. Zwangsvollstreckung aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenen Urteile. — 2. Umwandelung der Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechtes in eine Maximalhypothek des § 1190 B.G.B. gemäß Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. 162

40. Unter welchen Voraussetzungen ist in dem Urteile ausgesprochen, daß der Ehegatte die Schuld an der Scheidung trägt? 167

41. Voraussetzungen für die Annahme eines zur Erlangung des mittel-

Nr. Seite

baren Besitzes im Sinne der §§ 868 u. 930 B.G.B. „ähnlichen Verhältnisses" 170

42. Tragweite eines nach Staatsgebieten unter Verlegern geteilten Verlagsrechtes. Ändert sich das dem einen Verleger zugewiesene Gebiet mit den politischen Grenzen des betreffenden Staates? Besteht dieses geteilte Verlagsrecht nur in einer ausschließlichen Herstellungs- oder zugleich in einer ausschließlichen Absatzbefugnis? Ist darin auch die ausschließliche Befugnis zum gewerblichen Verleihen begriffen? 174

43. Ist die Nachbildung eines von einem Anderen in gepunztem Leder ausgeführten Gegenstandes mittels geprägter Pappe des Geschmacksmusterschutzes fähig? — Erfordernisse der Niederlegung des Geschmacksmusters bei der Registerbehörde 179

44. Nach welchem Rechte ist über die rechtlichen Folgen eines Zusammenstoßes zweier Schiffe verschiedener fremder Nationalität auf hoher See von deutschen Gerichten zu entscheiden, wenn die Seegesetze der Nationen, denen die Schiffe angehören, untereinander übereinstimmen? 182

II. Gemeines Recht.

45. Steht der Konkursmasse wegen Verwendungen, die der Gemeinschuldner auf das gekaufte, ihm unter Vorbehalt des Eigentumes überlieferte Grundstück gemacht hat, gegen den Verkäufer, dem die Kaufsache vom Konkursverwalter unter Ablehnung der Vertragserfüllung zurückgegeben ist, die Ersatzklage zu, obgleich der Wert des Grundstückes mit Verwendungen den Betrag der dem Verkäufer aus dem Kaufvertrage zustehenden Forderungen nicht übersteigt? — Wird die bedungene Vertragsstrafe bei Ablehnung der Erfüllung verwirkt, auch wenn sie als wirkliche Strafe erscheint? 189

46. Ist ein Vergleich, durch den die Parteien den Streit über die Frage schlichten, ob die unter ihnen geschlossenen Verträge gültige Kauf- oder Kommissionsgeschäfte oder aber klaglose Differenzgeschäfte darstellen, deswegen unwirksam, weil es sich in Wahrheit um Differenzgeschäfte handelte? . 192

47. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit. Kommt der Beschluß des Verwaltungsrates, durch welchen die allgemeinen Bedingungen der Lebensversicherung dahin geändert werden, daß die Versicherungssumme auch im Falle des Selbstmordes gezahlt werden soll, auch denjenigen zu statten, welche ihr Recht aus einem vor diesem Beschlusse geschlossenen Versicherungsvertrage herleiten? 195

48. Hört der Erfüllungsverzug durch Arrestpfändung der Forderung auf? — Durch welche Art der Hinterlegung kann sich der Schuldner befreien? — Kann der Gläubiger, dessen Forderung gepfändet und dem pfändenden

Nr. Seite

Gläubiger zur Einziehung überwiesen ist, gegen den Drittschuldner auf Zahlung an den Pfändungsgläubiger klagen? 201

49. Einrede der Rechtskraft. — Ist nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für vorher erfolgte Defiorationen die Defiorationsklage noch zulässig? Ist Schwängerung Voraussetzung derselben? Ist Klagegrund die Verführung oder genügt Beischlafsvollziehung? Gesetzliche Präsumtion hinsichtlich der Verführung 204

III. Preußisches Recht.

50. 1. Welche Wirkungen treten gegen den Erwerber einer Kohlenabbaugerechtigkeit ein, wenn auf dem für sie angelegten Grundbuchblatte die vertragsmäßig festgesetzte Verpflichtung, einen Tonnenzins zu entrichten, nicht mit eingetragen ist? — 2. Ist eine solche Verpflichtung als Beschränkung des Eigentumsrechtes im Sinne des § 11 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 anzusehen? 208

51. Ist der Mieter nach Ablauf der Frist des § 31 Abs. 2 Allg. Berggeſ. zur Erhebung der Klage gegen einen konkurrierenden Muter befugt, wenn sein Anspruch auf Beleihung von den Bergbehörden lediglich wegen verspäteter Einreichung des Situationsrisses zurückgewiesen ist? 214

52. Rechtliche Natur der Entwässerungs-(Kanalisations-)Gebühren. Ist für ihre Auferlegung denjenigen Grundeigentümern Entschädigung zu leisten, mit deren Rechtsvorgängen vorher ein entgeltlicher privatrechtlicher Vertrag über die Benutzung dee Entwässerungsanlage geschlossen war? . 219

53. Ist § 3 Abs. 2 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 auch auf sog. uneigentliche Bedingungen zu beziehen? 223

54. Zur Auslegung des § 2 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895. Sind die im Auslande ausgestellten amtlichen und notariellen Zeugnisse in Privatsachen nach Maßgabe der Tarifstelle 77 (bezw. 46) stempelpflichtig, wenn zu der Ausstellung Geschäfte, die im Inlande zu erfüllen sind, Veranlassung gegeben haben? 226

55. Ist nach dem preußischen Allgemeinen Berggesetze und dem württembergischen Berggesetze vom 7. Oktober 1874 die Fündigkeit einer Mutung dadurch bedingt, daß das entdeckte Mineral sich am Fundpunkte in abbauwürdigen Menge findet? Bedeutung der Tiefenlage des Fundpunktes bei Funden, die mittels eines Bohrloches oder eines Schachtbetriebes gemacht sind 227

56. Kommt in dem Falle, daß von zwei benachbarten Grundstücken desselben Eigentümers, deren eines im Verhältnisse thatsächlichen Dienens zu dem anderen gestanden hat, das erstere im Wege der Zwangsversteigerung verkauft wird, durch den Zuschlag stets eine dem bisherigen

Nr.		Seite
	thatsächlichen Verhältnisse entsprechende Grundgerechtigkeit zur Entstehung?	236
57.	Sind die Gemeinden berechtigt, Entschädigung zu beanspruchen, wenn die ihnen durch § 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 verliehene Fischereiberechtigung durch eine im öffentlichen Interesse hergestellte Anlage beseitigt oder beeinträchtigt wird? Zur Auslegung der §§ 6 u. 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874	241
58.	Zwangsversteigerung. Besitz eines Dritten am sog. thatsächlichen Zubehör.	253
59.	Enteignungsverfahren. Wirkung der Hinterlegung der vorläufig festgesetzten Entschädigung auf die vereinbarte Verzinsungspflicht	257
60.	Kollision zweier im Sinne des § 24 Allgem. Berggef. an sich bevorrechteter Mutungen	261
61.	Haftet der Notar als Beamter nach §§ 88 flg. A.L.R. II 10 für ein Versehen bei Abfassung einer von ihm privatschriftlich entworfenen und demnächst notariell beglaubigten Urkunde?	269
62.	Stempel von Verlagsverträgen	278
63.	Haftung des Bergwerksbesitzers für die Schädigung einer Windmühle durch Windentziehung infolge von Haldenaufschüttungen	281
64.	Erlöschen des Mietvertrages, wenn der Mieter und dessen Ehefrau später das gemietete Grundstück erwerben	285
65.	Voraussetzungen, unter denen der Besteller vor Fertigstellung des Werkes von dem in § 947 A.L.R. I 11 gewährten Rücktrittsrechte Gebrauch machen darf	287
66.	Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl. Klausel der Polize, durch welche die Gültigkeit der Versicherung davon abhängig gemacht wird, daß der Versicherte gewisse Sicherungsmaßregeln beobachtet	290
67.	Umfang der Rechts- und Erwerbsfähigkeit der Gewerkschaft. — Ist es der Gewerkschaft, deren verliehenes Bergwerk nicht betrieben wird, verwehrt, auf nicht verleihbare Mineralien, insbesondere in der Provinz Hannover auf Kalisalze, aus dem Rechte des Grundeigentümers Bergbau zu treiben? — Verweigerung der Zubuße aus dem Grunde, daß dieselbe zu einem anderen Unternehmen als dem Betriebe des verliehenen Bergwerks bestimmt ist	293
68.	Umfang der Stempelbefreiung bei der amtlichen Beglaubigung von Unterschriften unter Urkunden, deren Inhalt eine Eintragung in das Grundbuch betrifft	299
69.	Beweislast, wenn die Bereicherungsklage gegen den befriedigten Hypothekengläubiger auf das Nichtbestehen eines Schuldgrundes gegründet wird	300
70.	Umfang des Rechtes des Gegenüberliegers auf Zurückleitung des Wassers nach § 13 Nr. 2 des Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843 (Nr. 23 S. 85)	303

Nr. Seite

71. Zur Bestimmung des Begriffes „Verbrauch" im Sinne der Befreiungsvorschrift unter Nr. 3 der Tarifstelle 32 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 303

72. Zwangsvollstreckung aus einer Arrestvormerkung des bisherigen preußischen Rechts nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze (Nr. 28 S. 106) 306

73. Ist der Mieter einer Wohnung oder einer zum Betriebe eines Gewerbes dienenden Räumlichkeit berechtigt, vom Vermieter die Gestattung des Anschlusses an den Fernsprechverkehr und die Abgabe der erforderlichen Einwilligungserklärung zu verlangen? 306

74. Ist die Ersitzbarkeit des Rechtes, Bäume auf einem in fremdem Eigentume stehenden Wege zu haben, zu pflanzen und zu nutzen, durch die Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821 ausgeschlossen worden? 311

75. Unterliegt das Versprechen einer Geldzahlung, welches sich ausschließlich als Teil eines einheitlichen, auf Gegenseitigkeit der Verpflichtungen beruhenden Vertrages darstellt, dem Schuldverschreibungsstempel? . . . 312

76. Inwieweit findet § 10 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 auch dann Anwendung, wenn die Enteignung erst erfolgt, nachdem die Anlage, für die das Enteignungsrecht erteilt ist, von dem Unternehmer im wesentlichen bereits fertiggestellt ist? 317

77. Inwieweit ist der Oberpräsident zur Entscheidung über die Schiffbarkeit öffentlicher Flüsse zuständig? 319

78. Ist, wenn in einem Kaufvertrage über ein zur Schankwirtschaft eingerichtetes Grundstück eine besondere Vergütung für den Verzicht des Verkäufers auf die Wirtschaftskonzession festgesetzt ist, von dieser Vergütung der Kaufstempel nach Tarifstelle 32a des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 geschuldet? 321

IV. Rheinisches Recht.

79. Kann, wenn unter Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft des Code civil besteht, die Ehefrau von dem Ehemanne im Ehescheidungsprozesse die Zahlung eines Kostenvorschusses verlangen? 327

80. Ist nach dem Rechte des Code civil eine Erlöschung des Nießbrauches an Grundstücken durch zehnjährige Ersitzung anzuerkennen? 331

81. Begeht ein Dritter, der dem Schuldner durch seine Mitwirkung eine Verletzung des ihm bekannten Forderungsrechts ermöglicht, dadurch gegen den Gläubiger eine unrechte That nach L.R.S. 1382 (Art. 1382 Code civil)? 332

V. Prozeßrecht.

Nr.		Seite
82.	Darf nach Erlaß eines Beschlusses, durch den die Verhandlung der Klage und einer zur Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung in getrennten Prozessen angeordnet ist, über den Grund der Gegenforderung vorab erkannt werden?	338
83.	Begründet ein Rechtsstreit, der gegen eine offene Handelsgesellschaft wegen einer Gesellschaftsschuld anhängig gemacht worden ist, für die später wegen derselben Schuld belangten einzelnen Gesellschafter die Einrede der Rechtshängigkeit? — Einrede der Rechtshängigkeit auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreites	340
84.	Ist ein gerichtlicher Vergleich, den die als Prozeßbevollmächtigte aufgetretenen Anwälte vereinbart haben, auch für die Partei bindend, die nur mündlich Vollmacht erteilt hat?	345
85.	Voraussetzungen der Widerspruchsklage, wenn ein Dritter behauptet, Inhaber einer gepfändeten Forderung zu sein. — Darf der Richter dem Urteile eine Thatsache zu Grunde legen, über welche die Parteien nicht gehört sind?	347
86.	Prozeßrechtliche Wirkung einer Vereinbarung, daß der Prozeß ruhen solle (§ 251 Abs. 1 C.P.O.). Ist auf die Entscheidung über den Streit, der das Bestehen oder den Inhalt einer solchen Vereinbarung betrifft, § 252 C.P.O. anwendbar?	349
87.	Darf über die gegenüber der Einrede des Schiedsvertrages erhobene Replik, der Schiedsvertrag sei infolge der Weigerung des im Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichters, das Amt zu übernehmen, oder infolge begründeter Ablehnung des Schiedsrichters erloschen, das Gehör aus dem Grunde versagt werden, daß der Kläger es unterlassen habe, Entscheidung über das Erlöschen des Schiedsvertrages gemäß § 1045 C.P.O. im Beschlußverfahren herbeizuführen?	353
88.	Welche Wirkung hat eine vom Schuldner wegen Konkurrenz mehrerer Cessionen mit Pfändungen bewirkte Hinterlegung des ganzen Schuldbetrages gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger? Eröffnung des Verteilungsverfahrens über den ganzen hinterlegten Betrag	357
89.	Einwand der verlorenen Aktivlegitimation aus § 265 Abs. 3 C.P.O.	363
90.	Ist in den Fällen des § 627 C.P.O. für die Frage, ob eine das Getrenntleben der Ehegatten gestattende einstweilige Verfügung zu erlassen sei, § 940 C.P.O. oder lediglich § 1353 Abs. 2 B.G.B. maßgebend?	368
91.	Klage auf Feststellung der Aussteuerpflicht des Vaters für den Fall der Verheiratung der Tochter	370
92.	Urkundenprozeß; haben schriftliche Privatzeugnisse Beweiskraft?	374
93.	Heilung der mangelhaft erhobenen, in der mündlichen Verhandlung berichtigten oder ergänzten Klage durch Unterlassung rechtzeitiger Rüge; Anwendung auf den Fall der Bezeichnung eines anderen Beklagten	376

Nr.		Seite
94.	Bezieht sich § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. auch auf Ansprüche, die in zweiter Instanz neu erhoben werden? (Nr. 11 S. 38)	381
95.	Relative Rechtskraft des bedingten Endurteiles. Darf das Berufungsgericht, wenn nur der Kläger Berufung eingelegt hat, die Klage unbedingt abweisen?	381
96.	Zur Erläuterung der Worte „in betreff der Prozeßkosten" in § 567 Abs. 2 C.P.O.	386
97.	Gerichtsstand des Erfüllungsortes; wird er schon durch das Verlangen des Klägers, daß an einem bestimmten Orte erfüllt werde, begründet? (Nr. 19 S. 72)	388
98.	Sicherung des Beweises. Hat die auf Antrag des Käufers gemäß § 488 Abs. 1 C.P.O. vorgenommene Vernehmung von Sachverständigen Einfluß auf die in Abs. 2 das. dem Verkäufer eingeräumte Befugnis? Muß in solchem Falle das Gericht die ihm nach § 487 Nr. 2, 3 C.P.O. benannten Sachverständigen vernehmen?	388
99.	Ermächtigt die Prozeßvollmacht dem Gegner gegenüber zur Abgabe und Entgegennahme einer Anfechtungserklärung nach § 143 B.G.B., § 81 C.P.O.? — Ist dem Revisionsgerichte die Prüfung der Frage entzogen, ob eine Anfechtungserklärung nach § 121 B.G.B. unverzüglich erfolgt sei?	392
100.	Kann in Ehesachen eine Partei, die selbständige Berufung eingelegt hatte, nachdem über diese durch Teilurteil sachlich entschieden ist, sich behufs der Erhebung einer Widerklage noch der Berufung des Gegners wirksam anschließen?	396
101.	Hat der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung einzustellen, wenn ihm ein Postschein vorgelegt wird über einen Betrag, der zwar die im Vollstreckungstitel bezeichnete Forderung, nicht aber die Zwangsvollstreckungskosten deckt?	398
102.	Ist die Trennung zweier verbundener Prozesse zulässig, nachdem über beide einheitliche mündliche Verhandlung stattgefunden hat und abgeschlossen ist. Berechnung der Revisionssumme, wenn in solchem Falle zwei besondere Urteile erlassen sind	401
103.	Revision gegen Teilurteil. Wie ist der Wert des Beschwerdegegenstandes zu berechnen, wenn die Klage auf einen Betrag von mehr als 1500 ℳ gerichtet, vom Beklagten eine Aufrechnungseinrede in einem gleichfalls 1500 ℳ übersteigenden Betrage geltend gemacht, durch das Teilurteil aber der Beklagte, indem die Aufrechnungseinrede für unbegründet erachtet wurde, im Hinblick auf eine andere noch nicht spruchreife Einrede nur zur Zahlung eines Betrages von weniger als 1500 ℳ verurteilt ist?	403
104.	Bedurfte es zur Wirksamkeit der Pfändung eines vor 1900 im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechtes angefallenen Erbteiles der Zustellung eines Verbotes gemäß § 780 C.P.O. a. F. an die Mit-	

Nr. Seite

erben als Drittschuldner? — Macht es einen Unterschied, ob als Gegenstand der Pfändung das Erbrecht, der Erbteil oder der Anspruch auf Teilung bezeichnet ist? 405

105. Darf über die Klage auf Aufhebung eines angeblichen Schiedsspruches (§ 1041 C.P.O.) entschieden werden, ohne daß die geschehene Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichtes festgestellt ist? 409

106. Kann, wenn ein dem Kläger die Kosten zur Last legendes, für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, der Kläger den Anspruch auf Ersatz des durch die Vollstreckung oder eine Leistung zur Abwehr derselben entstandenen Schadens im Wege des § 717 Abs. 2 C.P.O. geltend machen? 411

107. Gilt mit Eintritt der Rechtskraft des Urteiles eine Willenserklärung auch dann als abgegeben, wenn der Beklagte dazu nur unter dem Vorbehalte seiner beschränkten Erbenhaftung verurteilt ist? 415

108. Ist in dem Falle, daß gegen eine offene Handelsgesellschaft eine Klage bei einem zuständigen Gerichte erhoben war, und nach Auflösung der Gesellschaft der Kläger einen der Gesellschafter zur Fortsetzung des Verfahrens hat laden lassen, dieser, indem er seine Pflicht zur Übernahme der Parteistellung bestreitet, aus seiner Person berechtigt, die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit vorzuschützen? 419

109. Ist für die Klage des Käufers auf Rückerstattung des für die bereits übergebene Ware gezahlten Kaufpreises, welche auf Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gemäß §§ 119. 123 u. 148 Abs. 1 B.G.B. gegründet wird, das Gericht des Wohnsitzes des Käufers, wo die Ware sich befindet, oder das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers, und zwar auch dann zuständig, wenn gleichzeitig auf Rückempfang der Ware geklagt wird? Ist in einem solchen Falle als streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 C.P.O. die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückerstattung des Kaufpreises anzusehen? 421

110. Zwangsvollstreckung aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenen Urteile (Nr. 39 S. 162) 425

111. Kann der aus einer prozeßführenden offenen Handelsgesellschaft im Laufe des Prozesses ausgeschiedene Gesellschafter als Zeuge vernommen werden, wenn seines Ausscheidens ungeachtet die Gesellschaft fortbesteht? 425

112. Beurteilung der Förmlichkeiten einer Berufung, bezw. Revision, welche gegen mehrere notwendige Streitgenossen eingelegt ist, in Fällen, wo die Urteilszustellungen zwischen dem Rechtsmittelkläger und seinen einzelnen Prozeßgegnern je zu verschiedenen Zeiten stattgefunden hatten 427

Nr. Seite

113. Unterliegt die Einrede des Schiedsvertrages (§ 274 Abs. 2 Nr. 3 C.P.O.) der Beschränkung des § 528 Abs. 1 Satz 1 C.P.O. auch dann, wenn das Verfahren erster Instanz schon vor dem 1. Januar 1900 beendigt worden ist? 429

Sachregister 431
Gesetzesregister 449
Chronologische Zusammenstellung 456
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken 463
Berichtigungen 464

I. Reichsrecht.

1. 1. Ist der Rechtsweg zulässig für solche vermögensrechtliche Ansprüche eines im Reichsdienste angestellten Militäranwärters, welche auf die Behauptung gestützt sind, daß dieser früher, als geschehen ist, eine höhere Stelle hätte erhalten sollen?

2. Steht nach den von dem Bundesrate am 7. und 21. März 1882 beschlossenen Grundsätzen für die Besetzung der Subaltern- und Unterbeamtenstellen bei den Reichs- und Staatsbehörden mit Militäranwärtern, insbesondere nach § 21, dem zu einem Dienstzweige einberufenen Militäranwärter unter allen Umständen mindestens das Diensteinkommen (ganz oder zu $^3/_4$) der untersten etatsmäßigen Stelle des betreffenden Dienstzweiges zu?

II. Civilsenat. Urt. v. 24. Mai 1901 i. S. M. (Kl.) w. Reichseisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. II. 62/01.

I. Landgericht Straßburg i. Els.
II. Oberlandesgericht Colmar.

Das Reichsgericht hat die beiden Fragen verneint.

Aus den Gründen:

... „Der Kläger, ein im Reichseisenbahndienste angestellter ehemaliger Militäranwärter, verlangt vom Reichsfiskus Nachzahlung von Beträgen, welche er seit dem 1. Oktober 1884 über die ihm gewährten Bezüge hinaus deshalb beanspruchen zu können meint, weil ihm infolge seiner zum 1. März 1882 geschehenen Einberufung in den Bureaudienst das Diensteinkommen eines Betriebssekretärs als das der untersten etatsmäßigen Stelle zugestanden habe, und weil er bereits am 1. April 1885, anstatt erst am 1. April 1890, zum Betriebssekretär habe ernannt werden müssen. ... Er stützt seine Ansprüche auf die von dem Bundesrate am 7. und 21. März 1882

beschlossenen und im Centralblatt für das Deutsche Reich veröffentlichten Grundsätze für die Besetzung der Subaltern- und Unterbeamtenstellen bei den Reichs- und Staatsbehörden mit Militäranwärtern, welche am 1. Oktober 1884 für Elsaß-Lothringen in Kraft getreten sind. Das Oberlandesgericht hat, ohne die unter den Parteien streitige Frage nach der Gesetzeskraft dieser Grundsätze zu entscheiden, die Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichtes zurückgewiesen, indem es die Ansprüche des Klägers zu einem Teile für nicht im Rechtswege verfolgbar und zum anderen Teile nach den Bestimmungen der Anstellungsgrundsätze für nicht gerechtfertigt erachtete. Kläger ficht mit der Revision diese Entscheidungen an und behauptet insbesondere auch Verletzung von Vorschriften der Anstellungsgrundsätze, denen Gesetzeskraft innewohne. Von Entscheidung der nicht unzweifelhaften, von dem IV. Civilsenate (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 40 S. 68 flg.) und von dem III. Civilsenate (Rep. III. 26/01)[1] des Reichsgerichtes in bejahendem Sinne beantworteten Frage, ob ein unter Festsetzung eines bestimmten Diensteinkommens als Reichsbeamter angestellter Militäranwärter aus den von dem Bundesrate erlassenen Anstellungsgrundsätzen als mit zwingender Gesetzeskraft ausgestatteten Rechtsnormen ein persönliches und klagbares Recht auf Gewährung eines höheren als des ihm bei der Anstellung zugesicherten Einkommens ableiten könne, kann hier abgesehen werden, da die Anstellungsgrundsätze von dem Oberlandesgerichte jedenfalls richtig ausgelegt sind und deshalb, auch wenn denselben Gesetzeskraft beizumessen sein sollte, der auf Verletzung dieser Anstellungsgrundsätze gegründete Revisionsangriff mangels einer solchen Verletzung hinfällig wäre.

Was die Statthaftigkeit des Rechtsweges anbetrifft, so ist davon auszugehen, daß wegen der im wesentlichen öffentlichrechtlichen Art der Beziehungen des Reiches (Staates) zu seinen Beamten für Ansprüche der letzteren aus ihrem Beamtenverhältnisse gegen das Reich (den Staat) grundsätzlich der Rechtsweg ausgeschlossen ist und nur insoweit für statthaft angesehen werden kann, als er ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist. Dies ist in dem Gesetze, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873 (§ 149) dahin

[1] S. jetzt Bd. 48 dieser Sammlung Nr. 23 S. 84. D. R.

geschehen, daß für vermögensrechtliche Ansprüche der Reichsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse der Rechtsweg stattfindet. Hieraus ist zu entnehmen, daß nur solche vermögensrechtliche Ansprüche im Rechtswege verfolgt werden können, welche aus einem thatsächlich zur Entstehung gelangten Dienstverhältnisse, also aus einer durch Verleihung eines Amtes thatsächlich gegebenen Stellung des Beamten abgeleitet werden, nicht aber solche vermögensrechtliche Ansprüche, welche auf eine Stellung des Beamten gegründet werden, die demselben bei rechtmäßiger Ausübung der Ämterhoheit des Reiches (Staates) hätte verliehen werden sollen.

Vgl. das Urteil des erkennenden Senates des Reichsgerichtes vom 14. November 1884, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 72 und 73.

Gesetzliche Vorschriften, durch welche für Ansprüche der Militäranwärter der Rechtsweg erweitert worden wäre, sind nicht ergangen, und die Anstellungsgrundsätze von 1882 enthalten in dieser Beziehung keine Bestimmungen. Demnach hat das Oberlandesgericht zutreffend diejenigen (vermögensrechtlichen) Klagansprüche wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges von der sachlichen Beurteilung ausgeschlossen, welche auf die Behauptung gestützt sind, daß der Kläger bereits am 1. April 1885 die Stelle eines Betriebssekretärs habe erhalten müssen. Denn insoweit sind die Ansprüche aus einem Dienstverhältnisse abgeleitet, welches in den hierbei in Betracht kommenden Zeitabschnitten thatsächlich nicht bestand. Wegen der übrigen Klagansprüche hat das Oberlandesgericht mit Recht den Rechtsweg zugelassen. Sie sind vermögensrechtlicher Art und werden aus dem thatsächlich bestehenden Dienstverhältnisse abgeleitet, da Geldforderungen unter der Behauptung gestellt werden, daß gemäß den Anstellungsgrundsätzen durch die Thatsache der Einberufung des Klägers zum Bureaudienste bei der Reichseisenbahnverwaltung für denselben das Recht auf den Bezug des Diensteinkommens der untersten etatsmäßigen Stelle dieser Behörde begründet worden sei. . . .

Mit Recht hat das Oberlandesgericht . . . die Klagansprüche insoweit für unbegründet erklärt, als sie auf die Behauptung gestützt sind, daß den Militäranwärtern von dem Zeitpunkte ihrer Einberufung zu einem Dienstzweige ab mindestens das Einkommen der untersten etatsmäßigen Stelle desselben gebühre. Insoweit beruhen

die Klaganſprüche auf der irrigen Auffaſſung, daß der Militäranwärter nach den vom Bundesrate erlaſſenen Anſtellungsgrundſätzen ein unbedingtes Recht auf Einberufung zu einer etatsmäßigen Stelle als ſeiner erſten Anſtellung habe. Nach den Anſtellungsgrundſätzen (vgl. § 13 und die Motive zu demſelben) iſt allerdings die endgültige etatsmäßige Anſtellung als die zu erzielende bleibende Verſorgung des Militäranwärters angeordnet, nach deren Erlangung ſeine Berechtigung zur Bewerbung um Stellen aufhört (§ 13) und ſein Civilverſorgungsſchein zu den Akten genommen wird (§ 24 Abſ. 3). Bis er aber dieſes, wegen des Andranges von Bewerbern in der Regel nicht ſogleich zugängliche Ziel erreicht hat, iſt ihm die Möglichkeit gegeben, diätariſche oder vorübergehende Anſtellung anzunehmen (vgl. Motive zu § 13). Dieſe Möglichkeit bietet ſich ihm dadurch, daß den Militäranwärtern nicht bloß etatsmäßige Stellen, ſondern auch ſolche Subaltern- und Unterbeamtenſtellen ausſchließlich (§ 3) oder zur Hälfte (§ 4) vorbehalten ſind, welche, wie insbeſondere bei der Verwaltung der Reichseiſenbahnen die in der Anlage D der Grundſätze unter V aufgeführten Stellen der Bureauaſſiſtenten und der Diätare, nicht etatsmäßig ſind (vgl. die §§ 4 und 8), und daß die den Militäranwärtern vorbehaltenen Stellen mit anderen Perſonen nicht beſetzt werden dürfen, gleichviel ob die Stellen dauernd, oder nur zeitweiſe beſtehen, ob mit denſelben ein etatsmäßiges Gehalt, oder nur eine diätariſche oder andere Remuneration verbunden iſt, und ob die Anſtellung auf Lebenszeit, auf Kündigung, oder ſonſt auf Widerruf geſchieht (§ 9 Abſſ. 1 und 2). Nach § 12 der Anſtellungsgrundſätze haben ſich die Militäranwärter um die von ihnen begehrten „Stellen“ zu bewerben, und dieſe können, wie hiernach angenommen werden muß, etatsmäßige und andere vorbehaltene Stellen ſein. Aus den Motiven zu § 22 geht zudem hervor, daß ein Aufrücken der zunächſt als Bureaudiätare angeſtellten Militäranwärter zu Bureauaſſiſtenten und eine Beförderung derſelben in etatsmäßige Stellen nach Maßgabe des Anteilsverhältniſſes an den vorbehaltenen Stellen ſtattfinden ſoll. Anderſeits ſind die Behörden zur Annahme der Bewerbung der Militäranwärter und zur Aufnahme derſelben in die Verzeichniſſe der Stellenbewerbungen nur dann verpflichtet, wenn der Bewerber ſeine Qualifikation darthut, zu welchem Zwecke das Beſtehen einer Vorprüfung und eine derſelben vorher-

gehende informatorische Beschäftigung erfordert werden kann (§ 14). Die Einberufung eines qualifizierten Bewerbers — eines Stellenanwärters — kann gemäß § 19 in der Weise geschehen, daß derselbe auf Probe angestellt oder seine Anstellung von einer Probedienstleistung abhängig gemacht wird, und spätestens bei Beendigung der Probezeit, welche für den Dienst in der Eisenbahnverwaltung in der Regel höchstens ein Jahr betragen soll, wird der Einberufene in seiner Stelle bestätigt bezw. in den Dienst übernommen (§ 19 Abs. 4). Übrigens sind nach den Motiven zu § 19 die Behörden befugt, diejenigen Bedingungen vorzuschreibeu, welche die Diätare behufs Erlangung der etatsmäßigen Anstellung zu erfüllen haben. Im § 21 der Grundsätze, auf welchen Kläger sich hauptsächlich beruft, sind die Bezüge der gemäß § 19 auf Probe angestellten oder zur Probedienstleistung einberufenen Stellenanwärter dahin bestimmt worden, daß den ersteren das volle Stelleneinkommen, den letzteren eine fortlaufende Remuneration von nicht weniger als Dreivierteilen des Stelleneinkommens während der Anstellung auf Probe bezw. während der Probedienstleistung gewährt werden soll, und nach den Motiven zu § 21 ist unter Einkommen der Stelle bei denjenigen Funktionen, für welche ein etatsmäßiges Gehalt nicht ausgeworfen ist, der Betrag der üblichen diätarischen Remuneration zu verstehen. Hieraus ergiebt sich, daß, wie der Militäranwärter sich sowohl um etatsmäßige als auch um andere vorbehaltene Stellen bewerben kann, die Anstellungsbehörde ihrerseits nicht verpflichtet ist, den Bewerber unbedingt und unmittelbar in eine etatsmäßige Stellung zu übernehmen, daß sie denselben vielmehr zunächst nichtetatsmäßig anstellen darf, in welchem Falle er gemäß den in den Anstellungsgrundsätzen enthaltenen Anordnungen in eine etatsmäßige Stellung aufrückt, und daß nach den §§ 19 und 21, welche ihrem Wortlaute nach eine Beschränkung auf etatsmäßige Stellen nicht enthalten und ihrem Sinne nach gemäß den Motiven und dem Gesamtinhalte der Grundsätze unzweifelhaft die nichtetatsmäßigen, vorbehaltenen Stellen mitumfassen, der in eine etatsmäßige oder andere den Militäranwärtern vorbehaltene Stelle auf Probe oder zur Probedienstleistung Einberufene während der höchstens ein Jahr währenden Probezeit nur das Einkommen derjenigen Stelle ganz oder zu Dreivierteilen zu beanspruchen hat, in welche er einberufen

ist. Die letztere Annahme steht im Einklange mit dem von dem Vertreter des Revisionsklägers zum Nachweise des Gegenteiles angezogenen, in Sachen des Reichspostfiskus gegen A. u. Gen. am 26. März 1901 ergangenen Urteile des III. Civilsenates des Reichsgerichtes (Rep. III. 26/01), indem dort, wie hier, ausgesprochen worden ist, daß dem einberufenen Militäranwärter während der Probezeit das Einkommen (ganz oder zu $^3/_4$) derjenigen Stelle gebühre, in welche seine Einberufung erfolgt ist, und in jenem Falle den Klägern Dreivierteile des Einkommens von etatsmäßigen Stellen lediglich deshalb zugebilligt worden sind, weil sie für etatsmäßige Stellen (von Post- und Telegraphen-Assistenten) nach der Feststellung des Berufungsgerichtes einberufen worden waren. Kläger befand sich zur Zeit des Inkrafttretens der Anstellungsgrundsätze, am 1. Oktober 1884, in der nicht etatsmäßigen Stellung eines Eisenbahnassistenten und behauptet nicht, daß ihm das Einkommen dieser Stelle verkürzt worden sei. Sein auf § 21 der Grundsätze von 1882 gestütztes Begehren des Bezuges des Einkommens einer (etatsmäßigen) Betriebssekretärstelle wäre nur dann gerechtfertigt, wenn er sich am 1. Oktober 1884 in der Lage eines gemäß § 19 der Grundsätze für eine Betriebssekretärstelle auf Probe Einberufenen befunden hätte. Abgesehen davon, daß seine einjährige Probezeit damals längst abgelaufen und er bereits in den Eisenbahn-Bureaudienst als Assistent mit Gewährung der üblichen Remuneration angenommen war, sowie daß er die Qualifikation zum Betriebssekretär durch Ablegung der Prüfung erst später erworben hat, ist er aber nach dem unstreitigen und festgestellten Thatbestande für eine etatsmäßige Stelle, insbesondere die eines Betriebssekretärs, nicht einberufen worden. Er konnte deshalb nach dem oben Ausgeführten das Einkommen der untersten etatsmäßigen Stelle (eines Betriebssekretärs) nicht beanspruchen." . . .

---

2. Wodurch wird die Vermutung für das Bestehen der Hypothekenforderung entkräftet, und der Gläubiger beweispflichtig?

B.G.B. §§ 1138. 891.

V. Civilsenat. Urt. v. 12. Juni 1901 i. S. K. (Kl.) w. W. Ehefr. (Bekl.). Rep. V. 119/01.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Auf dem Grundstücke der Beklagten war für den Kläger eine Darlehnshypothek von 5000 ℳ nebst $4^1/_2$ Prozent Zinsen eingetragen auf Grund der Schuldurkunde vom 17. Mai 1899, in welcher der Ehemann und Vorbesitzer der Beklagten bekannt hatte, von dem Kläger ein Darlehn von 5000 ℳ bar erhalten zu haben. Unstreitig war die Hypothek zum Betrage von 2000 ℳ nicht valutiert. Die Beklagte bestritt, daß für den Betrag der übrigen 3000 ℳ eine persönliche Schuldverbindlichkeit für ihren Ehemann begründet worden sei. Der Kläger gab zu, daß bei Ausstellung der Schuldurkunde vom 17. Mai 1899 dem Ehemanne der Beklagten keine Valuta gewährt worden sei, behauptete aber, die Valuta sei demselben unmittelbar darauf in Höhe von 3000 ℳ durch Barzahlung und in anderer Weise gewährt. Nach Kündigung der Hypothek beantragte der Kläger, die Beklagte, welche die Hypothek beim Erwerbe des Grundstückes in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hatte, zu verurteilen, ihm 3000 ℳ nebst $4^1/_2$ Prozent Zinsen seit dem 1. Juli 1899 bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück und in ihr persönliches Vermögen zu zahlen. Die Beklagte trug widerklagend darauf an, festzustellen, daß dem Kläger aus der Hypothek 3000 ℳ nicht zustehen, und ihn zur Bewilligung der Löschung der Hypothek zu verurteilen. Das Berufungsgericht wies die Klage ab und verurteilte den Kläger auf die Widerklage. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger nachweisen müsse, ihm sei eine Forderung von 3000 ℳ gegen den Ehemann der Beklagten entstanden, da er sich auf die Schuld- und Hypothekenverschreibung vom 17. Mai 1899 nicht berufen könne, nachdem er zugestanden habe, daß das darin enthaltene Bekenntnis zu barem und richtigem Empfange von 3000 ℳ unrichtig sei, daß eine Valutazahlung vor der Ausstellung der Urkunde nicht stattgefunden habe.... Es kommt zu dem Ergebnisse, daß Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht habe, daß daher die Klage hinfällig und die Widerklage als Negatoria begründet sei.

Der Angriff des Klägers, das Berufungsgericht habe die Grund-

sätze von der Beweislast verkannt, indem es von ihm den Nachweis gefordert habe, die eingetragene Darlehnsforderung sei durch Zahlung der Valuta von 3000 ℳ begründet worden, ist nicht gerechtfertigt. . . .

Das mit der streitigen Hypothek belastete Grundstück gehört einem Grundbuchbezirke an, in welchem das Grundbuch seit dem 1. Januar 1900 als angelegt anzusehen ist (Verordnung vom 13. November 1899 Art. 3 nebst Anlage, Verzeichnis zu VII). Nach Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. gilt die Hypothek seitdem als eine solche im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, und es finden darauf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere auch die §§ 1138. 891, Anwendung. Hat nun auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung die Bestimmungen des neuen Rechtes nicht zu Grunde gelegt, so muß sie doch aufrecht erhalten werden, da sie sich auch nach diesen Bestimmungen als richtig darstellt (§ 563 C.P.O.).

Wer eine bestrittene Forderung geltend macht, muß nachweisen, daß ihm die Forderung gegen den Beklagten zusteht. Dieser Grundsatz erleidet eine Änderung, wenn die Forderung im Grundbuche als diejenige vermerkt wird, für welche die eingetragene Hypothek bestellt ist. Dann tritt mit der Eintragung gemäß §§ 1138. 891 B.G.B. die Vermutung ein, daß die Forderung dem Gläubiger, für den sie eingetragen ist, zustehe, und dies hat zur Folge, daß der Gläubiger das Bestehen der Forderung nicht zu beweisen hat, sondern sich dieserhalb auf den Inhalt des Grundbuches berufen kann, wenn die Forderung von dem Eigentümer des Pfandgrundstückes bestritten wird. Die Vermutung besteht jedoch nur „für die Hypothek", für das dingliche Recht, nicht für das persönliche Schuldverhältnis. Ist, wie hier, für jemand eine Hypothek für eine Darlehnsforderung eingetragen, so ist damit für den dinglichen Anspruch der Beweis ersetzt, daß der Schuldner den eingetragenen Geldbetrag der Forderung als Darlehn erhalten habe; denn dies gehört zum Begriffe des Darlehns (§ 607 B.G.B.); dagegen verbleibt dem Gläubiger, welcher nur die persönliche Schuldklage erhebt, die Beweislast für die Zahlung der Darlehnsvaluta. Die Vermutung aus §§ 1138. 891 ist aber nicht unwiderleglich, sondern kann durch den Beweis des Gegenteiles entkräftet werden, da das Gesetz hier nicht, wie z. B. im § 1141 Abs. 1 Satz 2 und im § 1148 B.G.B., wonach zu Gunsten des Hypothekengläubigers der als Eigentümer im Grundbuche Eingetragene als der

Eigentümer gilt, auch wenn er nicht der Eigentümer ist, ein anderes vorschreibt (§ 292 C.P.O.). Beweist der Eigentümer, daß der Gläubiger im Zeitpunkte der Eintragung die Valuta des Darlehns nicht gezahlt hatte, so ist die Vermutung, daß diesem die Darlehnsforderung zustehe, der Eintragung ungeachtet nicht eingetreten, und dem Gläubiger liegt nunmehr die Beweispflicht dafür ob, daß die Forderung in anderer Weise oder nachträglich durch Valutazahlung begründet worden sei. Der Gegenbeweis kann durch jede Art von Beweismitteln, durch Zeugen, Eid, Urkunden, geführt werden, und eines Beweises bedarf es überhaupt nicht, wenn der Gläubiger zugesteht, daß er die Darlehnsvaluta nicht gezahlt habe (§ 288 C.P.O.). Worauf sich der Gegenbeweis zu erstrecken habe, damit der Richter davon überzeugt werde, daß der Gläubiger die Valuta nicht gezahlt habe, bestimmt das Gesetz nicht. Der Richter hat gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 286 C.P.O. unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung darüber zu entscheiden. Es steht nichts entgegen, daß er eine Entkräftung der Vermutung schon aus dem Zugeständnisse des Gläubigers entnimmt, wonach dieser bei Ausstellung der Schuldurkunde oder der Eintragungsbewilligung von seiten des Eigentümers die Valuta noch nicht gezahlt hatte. Jedenfalls wird es für die Entkräftung der Vermutung als genügend gelten müssen, daß der Gläubiger zugesteht, bei der Eintragung die Valuta nicht gezahlt zu haben. Aber bestimmte Regeln lassen sich nicht darüber aufstellen, wann das eine oder das andere für wahr oder unwahr zu erachten sei. Das Gesetz will die freie Überzeugung des Richters in keiner Richtung binden. Deshalb ist auch die Revision machtlos gegenüber der thatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichtes. Wenn unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes in Preußen angenommen wurde, auf den Gläubiger falle immer die Beweislast zurück, sobald er zugestehe, daß er die Darlehnsvaluta zur Zeit der Ausstellung der Schuldurkunde und der Eintragungsbewilligung nicht gezahlt habe, oder wenn es in einem Urteile des vormaligen Obertribunals,

Striethorst, Archiv Bd. 54 S. 173,

heißt: „Behauptet der Aussteller einer hypothekarischen Schuldverschreibung dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber, daß das über ein bares Darlehn lautende Valutenbekenntnis unrichtig sei, so liegt ihm

nur der Beweis der Unrichtigkeit des angegebenen Valutenbekenntnisses ob; der Beweis der anderweitigen Verpflichtung liegt dem Gläubiger ob",

vgl. auch Reichsgericht bei Bolze, Praxis Bd. 2 Nr. 895, bei Rassow-Küntzel, Beiträge Bd. 31 S. 1048; Wallmann, Zeitschr. für preuß. Recht Bd. 2 S. 491; Juriſt. Wochenschr. 1895 S. 174 Nr. 39,

so kann dies, wenigstens als eine aus den Gesetzen sich ergebende Regel, gegenüber der Vermutung des § 1138 B.G.B. und dem Grundsatze von der freien Beweiswürdigung des § 286 C.P.O. nicht mehr aufrecht erhalten werden, wenn auch jene Umstände im einzelnen Falle immer noch geeignet erscheinen können, die Überzeugung des Richters maßgebend zu beeinflußen.

Hiernach hat das Berufungsgericht seine Befugnisse nicht dadurch überschritten, daß es dem Kläger die Beweislast für die Valutazahlung auferlegt hat, nachdem dieser zugegeben, daß das in der Schuld- und Hypothekverschreibung vom 17. Mai 1899 vom Vorbesitzer der Beklagten ... erklärte Bekenntnis zu barem und richtigem Empfange von 3000 ℳ insofern unrichtig sei, als eine Valutazahlung vor Ausstellung der Urkunde nicht stattgefunden hatte." ...

---

3. 1. Sind die sog. Genußscheine, die von einer Aktiengesellschaft bei Aufnahme eines Darlehns neben den Schuldverschreibungen ausgegeben werden und die Zusicherung bestimmter Bezüge vom Reingewinn und von der Liquidationsmasse enthalten, als Beurkundungen von Gesellschaftsrechten, oder als solche von Gläubigerrechten anzusehen?

2. Können solche Genußscheine ohne die Schuldverschreibungen, auf die sie sich beziehen, an Dritte übertragen werden?

3. Ist die Generalversammlung der Aktionäre befugt, das Maß des Bezugsrechtes ohne Zustimmung der Genußscheininhaber zu ändern?

I. Civilsenat. Urt. v. 17. Juni 1901 i. S. Aktiengesellschaft Deutsche Werkzeugmaschinenfabrik, vorm. S. & St. (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. I. 63/01.

I. Landgericht Chemnitz.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Die verklagte Aktiengesellschaft, die im Jahre 1872 gegründet worden war, beschloß 1888, nachdem sie schon früher eine Hypothek von 350000 ℳ aufgenommen hatte, noch ein hypothekarisches Darlehn in Höhe von 250000 ℳ, eingeteilt in 500 auf den Namen lautende Teilschuldverschreibungen, aufzunehmen und den Darleihern nicht nur eine Verzinsung nach 5 von Hundert, sondern daneben noch besondere Vorteile in Aussicht zu stellen und ihre Statuten entsprechend zu ändern. Nach diesem Beschlusse erhielt der § 7 der Statuten die Fassung, daß jedem Darleiher neben dem Anspruche auf Zinsen das Recht auf die besonderen, in den — gleichfalls geänderten — §§ 13 und 33 der Statuten festgesetzten Bezüge vom Reingewinne und von der Liquidationsmasse gewährt und „zur Beurkundung dieses Vertragsverhältnisses" ein auf Namen lautender Genußschein ausgestellt werden solle, der durch Abtretung übertragen werden könne. Der § 13 erhielt folgende Fassung:

„Von dem aus der Bilanz sich ergebenden Reingewinne sind:

a) mindestens 5% zur Dotierung des Reservefonds abzuschreiben,
b) 10% als Tantième an den Aufsichtsrat und ein Betrag bis zu 5% als Tantième an die Direktion und die Beamten zu zahlen . . .
c) vom verbleibenden Reste erhalten, insoweit die Generalversammlung nicht anders beschließt, zunächst die Inhaber der Vorzugsaktien und alter nicht abgestempelter Aktien zusammen $^7/_8$ Teile desselben als Dividende . . .

Der verbleibende $^1/_8$-Teil des Reingewinnes wird auf die laut § 7 dieses Statuts auszugebenden 500 Genußscheine . . . gleichmäßig verteilt."

Die Anleihe kam noch 1888 nach Maßgabe der gefaßten Beschlüsse zustande, und zwar wurde die ganze Anleihe von der Sächsischen Bankgesellschaft in Dr. übernommen, der deshalb auch sämtliche Genußscheine überwiesen wurden. Das Grundkapital der verklagten Gesellschaft betrug damals 1050000 ℳ. Unter dem 6. Juni 1898 wurde aber von der Generalversammlung eine Erhöhung des Grundkapitals auf 1700000 ℳ und im Zusammenhange damit beschlossen, dem § 13 der Statuten nunmehr folgende Fassung zu geben:

„Von dem aus der Bilanz sich ergebenden Reingewinne sind

a) mindestens 5% zur Dotierung des Reservefonds abzuschreiben,

b) 10% als Tantième an den Aufsichtsrat und ein Betrag bis zu 10% als Tantième an die Direktion und die Beamten zu zahlen ...

c) vom verbleibenden Reste erhalten, insoweit nicht von der Generalversammlung beschlossen wird, Beträge hiervon für einen zu bildenden Dividendensparfonds oder für andere Zwecke zurückzustellen, zunächst die Inhaber der Vorzugsaktien und Genußscheine Gewinnanteile in folgendem Verhältnis:

1. Die Inhaber der Genußscheine erhalten ein Achtteil desjenigen Reingewinns, welcher auf das bei Ausgabe der Genußscheine vorhanden gewesene Gesellschaftskapital von 1050000 ℳ anteilig nach Verhältnis des jeweiligen Gesamtkapitals der Gesellschaft entfällt ...

   Der Gewinn, welcher nach Berücksichtigung dieser Quote verbleibt, wird auf die Vorzugsaktien beider Serien je nach Höhe des Nennwertes derselben als Dividende verteilt ..."

Unter Zugrundelegung dieser Bestimmungen wurde über den für 1898/99 erzielten Reingewinn dergestalt verfügt, daß zunächst für den Reservefonds 5%, für den Aufsichtsrat 10%, für die Direktion und die Beamten 10% in Abzug gebracht wurden und dann von der Generalversammlung die Auszahlung von 27 ℳ auf jeden Genußschein beschlossen wurde. Die Festsetzung dieses Betrages erfolgte nach vorgängiger Berechnung, wieviel von dem Reingewinne auf den Betrag des ursprünglichen Grundkapitales im Verhältnisse zu dem Gesamtbetrage des gegenwärtigen Kapitales entfallen würde.

Demgemäß wurden auf 20 Genußscheine, die sich im Besitze des Landgerichtsrats a. D. M. befanden und von ihm 1890 von dem Sächsischen Bankvereine zu D. erworben waren, je 27 ℳ ausbezahlt, auch vorbehaltlos, unter Rückgabe der betreffenden Dividendenscheine, angenommen. Alsdann trat der Landgerichtsrat M. seine Genußscheine an den Kläger ab, und dieser erhob Klage, machte geltend, daß der auf die Genußscheine entfallende Anteil nach den zur Zeit ihrer Ausgabe geltenden Statuten von 1888 berechnet werden müsse, und beantragte u. a.

festzustellen, daß Kläger das Recht habe, für jeden der ihm gehörigen 20 Genußscheine von dem achten Teil des gesamten Reingewinns den fünfhundertsten Teil zu verlangen.

Das Landgericht war des Erachtens, daß die Inhaber der Genußscheine einen Anteil von dem Reingewinne nur in Ansehung desjenigen Betrages fordern dürften, der auf den Betrag des 1888 vorhanden gewesenen Grundkapitales entfallen würde, hiervon jedoch an Tantième für die Direktion und die Beamten nicht mehr als 5% in Abzug gebracht werden dürften. Demnach traf es eine entsprechende, für die Parteien in ihrem Verhältnisse zu einander maßgebende Feststellung, wies jedoch im übrigen die Klage ab. Auf die von dem Kläger allein verfolgte Berufung erachtete das Berufungsgericht die Unterscheidung des Landgerichts nicht mit den Bestimmungen von 1888 für vereinbar und erkannte deshalb insofern abändernd, als es ferner für das Verhältnis der Parteien feststellte, daß der den Genußinhabern im Statutennachtrage vom 20. Juni 1888 zugesicherte Gewinnanteil von dem ganzen Reingewinne der einzelnen Geschäftsjahre nach Vorwegabzug der in § 13 dieses Nachtrages unter a und b erwähnten Prozentsätze zu berechnen sei. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die Berechtigung aus den sogenannten Genußscheinen als ein Gläubigerrecht betrachtet, das ohne Zustimmung der Inhaber nicht von der verklagten Gesellschaft geändert werden könne. Seitens der Revision wird diese Auffassung beanstandet, zunächst die Frage aufgeworfen, ob nicht ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Inhabern der Genußscheine und der verklagten Gesellschaft anzunehmen sei, und jedenfalls die Ansicht, daß die Rechte der ersteren ohne deren Zustimmung nicht geändert werden könnten, für unzutreffend erachtet. Es ist indes dem Berufungsgerichte beizutreten.

Mit dem Ausdrucke „Genußschein", den das geschriebene Recht, insbesondere das Handelsgesetzbuch, nicht kennt, ist ein feststehender Begriff nicht verbunden; derselbe dient vielmehr zur Bezeichnung von Urkunden verschiedenartigen rechtlichen Charakters (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 30 S. 16). Ob unter den so bezeichneten Urkunden auch solche begriffen sind, die als Aktien oder doch als Zubehör von Aktien betrachtet und deshalb als Verbriefung von Gesellschaftsrechten

angesehen werden müssen, ist hier nicht zu erörtern. Denn die Bedeutung eines sogenannten Genußscheines hängt von dem Inhalte der Rechte ab, die er beurkundet, und dieser Inhalt ist daher in jedem einzelnen Falle nach Anlaß und Zweck seiner Ausstellung zu ermitteln. In dem vorliegenden Falle ergiebt sich die Bedeutung der hier in Rede stehenden Genußscheine aus den Statuten der verklagten Gesellschaft, und zwar aus § 7 in der Fassung, die er durch den Beschluß ihrer Generalversammlung vom 20. Juni 1888 erhalten hat. Danach ist die Ausgabe dieser Genußscheine bei der Aufnahme einer Hypothek von 250000 ℳ beschlossen, und zwar so, daß für jeden Teilbetrag, in Höhe von 500 ℳ, dem Darleiher zu geben sei, und zwar auf seinen Namen: 1., eine Teilschuldverschreibung, enthaltend die Angaben über Betrag, Sicherstellung, Rückzahlung und Verzinsung des von ihm gewährten Darlehns, und daneben 2. als besondere Urkunde ein sogenannter Genußschein, der auf das Darlehn verwies, aber nichts enthielt als die Verbriefung des Anspruches auf Bezüge vom Reingewinne und von der Liquidationsmasse nach §§ 13 und 33 der Statuten, und durch Abtretung auf andere Personen sollte übertragen werden können. Ferner sollten die Teilschuldverschreibungen vom Jahre 1900 ab ganz oder ratenweise getilgt werden; dagegen sollte es der Gesellschaft vom Jahre 1915 ab freistehen, die Genußscheine durch Zahlung des 25fachen Betrages des durchschnittlichen, nach § 13 in den letzten 25 Jahren entfallenden Reingewinnes dergestalt zu tilgen, daß hierdurch alle für die Inhaber und Rechtsnachfolger solcher Scheine aus den §§ 13 und 33 des Statuts herzuleitenden Ansprüche abgefunden seien.

Diese Bestimmungen ergeben, daß die Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht in Frage kommen kann. Beabsichtigt war, den Darlehnsgebern, um solche zu finden, durch Ausgabe der sogenannten Genußscheine einen besonderen Vermögensvorteil zu gewähren, und zwar durch Einräumung eines Rechtes, das zwar dem Darleiher selbst, und nur diesem, gegeben, also durch das Zustandekommen des Darlehnsvertrages bedingt, im übrigen jedoch von dem ferneren Schicksale des Darlehns, insbesondere von dessen Fortbestand, durchaus unabhängig sein und auch nicht an die Person des Darleihers gebunden bleiben, sondern, und zwar ohne das Gläubigerrecht aus dem Darlehn, übertragbar sein sollte. Es geht dies aus den

Bestimmungen über die Ausgabe, die Abtretung und die Tilgung der Genußscheine hervor. Rechtlich zulässig aber war dies; denn es steht nichts im Wege, daß der Darlehnsschuldner seinem Gläubiger eine besondere Vergütung gewährt, und daß er dies durch Übernahme einer dauernden Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen thut. Die hierzu geeignete Form ist gewählt: es sind Schuldscheine ausgestellt, die auf den Namen des Gläubigers lauten, den Willen und den Grund der Verpflichtung angeben und deren Inhalt bezeichnen. Dieser Inhalt selbst ist rechtlich ebenfalls zulässig: er ist das Versprechen der Gesellschaft auf einen Teil des reinen Gewinnes (und vielleicht von der Liquidationsmasse). Hierzu war die Gesellschaft in der Lage und insbesondere nicht durch Art. 216 Abs. 2 H.G.B. gehindert. Denn danach haben die Aktionäre nicht Anspruch auf den Geschäftsgewinn schlechthin gehabt, sondern nur auf den reinen Gewinn, der nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter sie bestimmt ist, sodaß Gewinnanteile, die im Gesellschaftsvertrage anderweitig vergeben sind, nicht mehr zur Verteilung bestimmt sind. Endlich ist der Generalversammlungsbeschluß über die Fassung des § 7 der Statuten mit dessen oben wiedergegebenen Bestimmungen rechtsgültig gefaßt und ebenso zur Ausführung gebracht, da der in Aussicht genommene Darlehnsvertrag demgemäß mit dem Sächsischen Bankverein in D. zustande gekommen und die Ausführung erfolgt ist. Die Rechtsgültigkeit der in Rede stehenden Genußscheine und die Übertragung derselben von dem Darlehnsgeber an den Landgerichtsrat M. und von diesem an den Kläger ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

Vorstehende Ausführung enthält schon die Widerlegung des letzten Einwandes der Revision, daß die Inhaber der Genußscheine das ihnen zugesagte Achtteil des Reingewinnes nur von demjenigen Gewinn fordern dürften, der auf den Betrag des 1888 vorhanden gewesenen Grundkapitales entfallen würde, und daß sie jedenfalls den hierauf abzielenden Generalversammlungsbeschluß von 1898 gelten lassen müßten. Das Recht der Genußscheininhaber ist ein Gläubigerrecht, für dessen Inhalt nur die Fassung der Statuten von 1888, auf die hin der Darlehnsvertrag geschlossen wurde, maßgebend ist. Diese Statuten aber enthalten die von der Beklagten gewollte Scheidung des Gewinnes nicht, und deshalb haben die Genußscheininhaber nach den Statuten von 1888 Anspruch auf ein Achtteil des vollen Rein-

gewinnes nach Maßgabe des § 13 in der damals beschlossenen Fassung. Die Ansicht der Revision, daß diese Fassung, da sie auf dem Beschlusse einer Generalversammlung beruht habe, von einer späteren Generalversammlung habe geändert werden können, ist nicht zutreffend, da eine Generalversammlung Rechte von Gläubigern der Gesellschaft nicht einseitig ändern kann (vgl. Bolze, Praxis Bd. 3 Nr. 807). Und die fernere Ansicht, daß mindestens für die im Jahre 1898 auf Grund der damals geänderten Statuten neu hinzugetretenen Aktionäre lediglich die Bestimmung des § 13 in der dem Beschlusse vom 6. Juni 1898 entsprechenden Fassung maßgebend sei, ist für die hier zu entscheidende Frage ohne Einfluß. Denn es wäre ja vielleicht möglich, daß diese neu hinzugetretenen Aktionäre nur gezeichnet haben, weil sie auf eine dem § 13 in der neuen Fassung entsprechende Gewinnverteilung rechneten; aber wenn dies der Fall sein und wenn es, was hier durchaus unentschieden bleiben soll, möglich sein sollte, daß sie hieraus irgend welche Ansprüche gegen die Gesellschaft oder andere Personen herleiten könnten, so würde dieser Umstand doch nie dahin führen, daß die Genußscheininhaber hierfür verantwortlich gemacht und zur Aufgabe ihrer Rechte oder eines Teiles genötigt werden könnten." . . .

---

4. Darf § 67a des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung der Novelle vom 10. April 1892 auch angewendet werden auf Fabrikkrankenkassen, die von Anfang an für die Betriebe verschiedener Unternehmer errichtet waren?

VII. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1901 i. S. Neue Maschinenbauer-Krankenkasse (Kl.) w. Allg. Elektricitätsgesellschaft (Bekl.). Rep. VII. 150/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Beklagte gehört zu den siebenundsechzig Vereinswerkstätten, für deren Betriebe im Jahre 1878 die klagende Krankenkasse als gemeinsame Fabrikkasse errichtet worden ist. Im Jahre 1899 gründete sie für die bei ihr beschäftigten versicherungspflichtigen Personen eine eigene Betriebskrankenkasse unter dem Namen „Krankenkasse der All-

gemeinen Elektricitäts-Gesellschaft zu Berlin", und auf ihren Antrag bestimmte die höhere Verwaltungsbehörde durch Erlaß des Oberpräsidenten der Provinz Brandenburg vom 24. Oktober 1899, daß sie am 27. November 1899 aus der klagenden Fabrikkrankenkasse ausscheide. Die von der Kasse dagegen erhobene Beschwerde an die Centralbehörde wurde zurückgewiesen.

Demungeachtet meint die Klägerin, daß die Beklagte dem alten Verbande noch angehöre, und verlangt Fortzahlung der statutarischen Beiträge. Mit ihrer Klage ist sie in beiden Vorinstanzen abgewiesen worden. Auch die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Wenn sich die Verfügung des Oberpräsidenten, welche den Zeitpunkt bestimmte, zu welchem die Beklagte mit den von ihr beschäftigten Personen aus der klagenden Krankenkasse auszuscheiden habe, und Anordnungen erteilte über die Vermögensauseinandersetzung, inhaltlich als eine gemäß § 57b des Krankenversicherungsgesetzes über die Kassenzugehörigkeit getroffene Entscheidung auffassen ließe, so würde dadurch allerdings, wie der Berufungsrichter annimmt, eine Vorfrage entschieden sein, mit welcher der vorliegende Anspruch der Klägerin nicht vereinbar wäre. Allein die Anwendung des § 57b setzt voraus, daß zwischen zwei Kassen Streit über die Frage entsteht, welcher von ihnen die in einem bestimmten Betriebe beschäftigten Personen angehören. Der hier obwaltende Streit aber besteht nicht zwischen der von der Beklagten ins Leben gerufenen Kasse und der Klägerin, sondern zwischen der als Arbeitgeberin beteiligten Beklagten und der Neuen Maschinenbauer-Krankenkasse. Ebensowenig ist der Oberpräsident angerufen worden, die zwischen mehreren Kassen obwaltende Streitigkeit über das Versicherungsverhältnis zu entscheiden, sondern er hat nur gemäß § 67a über den Antrag auf Ausscheidung befunden, den die Beklagte als Unternehmerin an ihn gerichtet hatte. Auch die in dieser Angelegenheit an die Centralbehörde gerichtete Beschwerde betraf daher nicht eine Streitigkeit der in § 57b bezeichneten Art. Den Ausführungen der Revisionsklägerin ist daher insoweit beizupflichten, als sie der Anwendung des § 57b auf den vorliegenden Fall entgegentreten.

Allein die Abweisung der Klage rechtfertigt sich aus dem anderen Entscheidungsgrunde, den der Berufungsrichter aus § 67a des Kranken-

versicherungsgesetzes in der Fassung der Novelle vom 10. April 1892 herleitet. Nach dem Wortlaute des Gesetzestextes allerdings behandelt § 67a nur den Fall, wenn für mehrere Betriebe eines und desselben Unternehmers eine gemeinsame Fabrikkrankenkasse besteht und einer dieser Betriebe in den Besitz eines anderen Unternehmers übergeht. Für diesen Fall wird im Interesse der beteiligten Unternehmer und zur Vermeidung der Weiterungen, welche eine vollständige Auflösung und Neubildung mit sich bringt, die Trennung durch eine Willenskundgebung eines der beteiligten Unternehmer ermöglicht mit der Maßgabe, daß die höhere Verwaltungsbehörde über die Teilung des Vermögens entscheidet. — Indes kann das Bedürfnis zur Errichtung einer eigenen Krankenkasse auch hervortreten in Fällen der vorliegenden Art. Und wie in jenem Falle der Gesetzgeber die Trennung für ratsam erachtet, sobald einer der Unternehmer den Fortbestand der Gemeinsamkeit als einen Übelstand empfindet, so trifft dieser Gesichtspunkt nicht minder zu bei Kassen, die von Anfang an für die Betriebe verschiedener Unternehmer errichtet waren. Einen Eingriff in wohlerworbene Rechte bildet im Verhältnisse der Kasse zu dem ausscheidenden Unternehmer die Trennung in dem einen Falle so wenig wie in dem anderen. Denn die Verbindlichkeit zur Leistung der statutarischen Beiträge ist abhängig von der Fortdauer der bestehenden Gemeinschaft; und diese Gemeinschaft ist nicht durch einen Willensentschluß der Kasse hervorgerufen, sondern das Ergebnis des Übereinkommens der Unternehmer, welche die gemeinsame Kasse gründeten, bezw. des vom Inhaber der mehreren Betriebe vorgenommenen Gründungsaktes. Hieraus folgt namentlich, daß die Klägerin der Aufhebung der Gemeinschaft nicht durch Bezugnahme auf den Inhalt ihres Statutes entgegentreten kann. Gerade die Auflösung der Kasse, von der der § 41 des Statuts spricht, wird vermieden, wenn das in § 67a des Krankenversicherungsgesetzes geordnete Verfahren Platz greift. Um eine Änderung der Statuten handelt es sich ebensowenig, weil darin thatsächlich über das Zustandekommen und die Fortdauer der Gemeinschaft nichts bestimmt ist. Das steht im Einklange mit § 23 des Krankenversicherungsgesetzes, dessen Anwendbarkeit auf Betriebs-(Fabriks-)Krankenkassen, auch wenn sie nach Art der klagenden Krankenkasse organisiert sind, aus den §§ 64. 85 des Gesetzes sich ergiebt. Die Klägerin sucht daher mit Unrecht aus § 24

Abs. 2 zu deduzieren, daß hier das Ausscheiden der Beklagten aus dem Kassenverbande nicht ohne Genehmigung des Bezirksausschusses möglich sei.

Im übrigen bildet das Krankenversicherungsgesetz ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen, die durchweg nach § 85 auch auf solche ältere Zwangskassen Anwendung leiden, welche, wie die Klägerin, eine von der sonstigen Gestaltung des Kassenwesens abweichende Organisation darbieten. Die zu Grunde liegenden Prinzipien sind zu weiterem Ausbaue geeignet, und bei wesentlicher Gleichheit des vom Gesetze entschiedenen Falles darf der maßgebende Grundgedanke auf den rechtsähnlich gestalteten Fall angewendet werden.

Der durch die Novelle eingeschobene § 67a nun bezweckt die Erleichterung einer Organisationsänderung bei Fabrikkrankenkassen, die bisher den Angehörigen verschiedener Betriebe dienten. Wenn infolge Abzweigung eines dieser Betriebe es sich als zweckmäßig erweist, nun auch für die darin beschäftigten Personen eine eigene Krankenkasse zu errichten, so soll die Aufhebung der Gemeinschaft nicht mehr auf dem umständlichen Wege der Kassenauflösung und Neuerrichtung sich vollziehen (§ 68 Abs. 3), sondern in Form einer einfachen Ausscheidung unter entsprechender Konkurrenz der höheren Verwaltungsbehörde, die den geeigneten Zeitpunkt bestimmt und über die Verteilung des Vermögens entscheidet. Dem Interesse der zurückbleibenden Mitglieder läßt sich auf diesem Wege Rechnung tragen, zumal eintretendenfalls im Beschwerdewege auch noch die Centralbehörde des Landes der Sache sich anzunehmen hat. Zudem bezeugen die Motive, daß damit einem Bedürfnisse entsprochen werde, welches in dem vom Gesetze entschiedenen Falle in der Praxis hervorgetreten ist. Nun aber ist die Sachlage keine wesentlich andere, wenn die gemeinsame Kasse von Anfang an für Betriebe verschiedener Unternehmer errichtet war. Nach und nach kann auch in solchem Falle auf seiten des einen oder anderen Beteiligten die Gemeinschaft als ein Übelstand empfunden werden, der die Trennung ratsam erscheinen läßt; und die mit der Auflösung verbundenen Umständlichkeiten stehen auch dann nicht im richtigen Verhältnisse zur Bedeutung der Abzweigung. Für die Wirkung der Abzweigung im Verhältnisse der davon betroffenen Kasse macht es der Natur der Sache nach keinen Unterschied, ob die im Kassenverbande stehenden Betriebe von Anfang an verschiedenen

Unternehmern gehörten, oder erst infolge späterer Ereignisse in verschiedene Hände kamen. Die Fürsorge der höheren Verwaltungsbehörde aber für die bei der alten Kasse Zurückbleibenden kann sich in dem einen Falle so gut wie in dem anderen auf dem in § 67a bezeichneten Wege bethätigen. Der im Gesetze entschiedene Spezialfall ist somit dem vorliegenden in jeder Beziehung so ähnlich, daß es keinem Bedenken unterliegt, die Anordnung des Gesetzgebers auch der Beurteilung des vorliegenden Falles zu Grunde zu legen. Ist nun aber die Beklagte infolge ihres Austretens und der damit im Zusammenhange stehenden Anordnung des Oberpräsidenten seit dem 27. November 1899 nicht mehr Mitglied des Verbandes der zu der klagenden Krankenkasse beisteuernden Unternehmer, so kann sie nun auch nicht mehr von der Klägerin zur Zahlung der statutarischen Beiträge angehalten werden."

---

5. 1. Beginnt nach § 11 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 bei jeder wiederholten Zuwiderhandlung gegen § 1 des Gesetzes der Lauf einer neuen, besonderen Verjährung des Unterlassungsanspruches?

2. Erwirbt durch wiederholte Zuwiderhandlung gegen § 1 des angeführten Gesetzes der Thäter mit dem Ablaufe der Verjährungsfrist ein Recht auf ferneres gleiches Thun?

II. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1901 i. S. der Firma S. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. II. 150/01.

I. Landgericht Hof.
II. Oberlandesgericht Bamberg.

Das Reichsgericht hat die erste Frage bejaht und die zweite verneint.

Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht hat in dem festgestellten Thatbestande, daß nämlich die Beklagte schon seit Jahren fortgesetzt zu verschiedenen Zeiten und zuletzt im Januar 1899 an die beteiligten Kreise Cirkulare versandt habe, in welchen sie sich die Bezeichnung „Schloßgut Oberröslau" beilege und sich dieser Adresse bediene, ohne ersicht-

lichen Rechtsirrtum die Voraussetzungen des angewendeten § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 als gegeben erachtet und auch ohne Verletzung des § 11 des angeführten Gesetzes den Verjährungseinwand der Beklagten verworfen. Was den letzteren anbetrifft, so verjährt nach § 11 Abs. 1 des Gesetzes der aus dem § 1 hergeleitete Anspruch auf Unterlassung der unrichtigen Angabe in sechs Monaten von dem Zeitpunkte ab, in welchem der Anspruchsberechtigte von der Handlung und von der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt, und in drei Jahren von der Begehung der Handlung an ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Berechtigten. Die Revisionsklägerin, Beklagte, stützt ihren Verjährungseinwand auf die Behauptung, daß bezüglich des Gebrauches der Bezeichnung „Schloßgut Oberröslau" die fortgesetzte Begehung einer Handlung vorliege und der klagende Verein bereits im Jahre 1897 Kenntnis von derselben erlangt habe. In welcher Weise bei der fortgesetzten Begehung einer unter den § 1 des Wettbewerbsgesetzes fallenden Handlung der daraus erwachsende Unterlassungsanspruch verjährt, ob insbesondere die Verjährung von sechs Monaten, wie der Vertreter der Revisionsklägerin meint, mit dem Zeitpunkte der Kenntnis des Anspruchsberechtigten von dem Beginn der Handlung und von der Person des Verpflichteten, oder erst mit dem des Abschlusses des fortgesetzten Handelns zu laufen beginnt, kann nur in solchen Fällen zweifelhaft sein, in welchen sich das fortgesetzte Handeln als ein einheitliches, aus einem einzigen Entschlusse hervorgegangenes Thun darstellt. Dieser Fall ist hier nicht gegeben. Aus der Feststellung, daß die Versendung der Cirkulare, welche die Bezeichnung „Schloßgut Oberröslau" enthielten, zu verschiedenen Zeiten geschehen sei, und aus der Ausführung des Oberlandesgerichtes, daß bei wiederholten Zuwiderhandlungen die einzelnen rechtsverletzenden Akte bezüglich der Verjährung je für sich zu würdigen seien, ergiebt sich, daß das Oberlandesgericht, welches in seiner Rechtsausführung allerdings von der fortgesetzten Begehung einer Handlung spricht, für den gegenwärtigen Rechtsstreit angenommen hat, daß die festgestellten Handlungen der Beklagten nicht als ein fortlaufendes einheitliches, auf einem einzigen Entschlusse beruhendes Thun, sondern vielmehr als ein häufiges Wiederholen von Einzelhandlungen anzusehen seien, deren jede aus einem besonderen neuen Entschlusse entsprungen sei und für sich

allein eine Zuwiderhandlung gegen den § 1 des Wettbewerbsgesetzes darstelle. Bei dieser auf der Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse des gegenwärtigen Falles beruhenden und deshalb auch für die Beurteilung in der Revisionsinstanz maßgebenden Auffassung des Oberlandesgerichtes bildet jede zeitlich verschiedene Versendung der Cirkulare, insbesondere auch die im Januar 1899 stattgehabte, eine Handlung im Sinne der §§ 1 und 11 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes, bezüglich deren ein gesonderter, selbständiger Anspruch des Klägers auf Unterlassung erwuchs, der einer besonderen Verjährung unterlag. Diese Folge ist für die Fälle wiederholter Zuwiderhandlung selbstverständlich und auch in der Begründung des Gesetzentwurfes ausdrücklich hervorgehoben. Die seitens der Revisionsklägerin vertretene Meinung, die unbeanstandete Wiederholung der Zuwiderhandlung schaffe mit dem Ablaufe der Verjährungsfrist für den Zuwiderhandelnden ein Recht auf ferneres gleiches Thun, findet in dem Gesetze keinen Anhalt, in der Begründung des Gesetzentwurfes sogar eine Widerlegung, indem darin als Zweck der Bestimmung der kurzen Verjährungsfristen von sechs Monaten und drei Jahren nicht die Ermöglichung einer erwerbenden Verjährung, sondern die Vermeidung von Schikanen und der Möglichkeit angegeben ist, daß weiter als drei Jahre zurückliegende Vorgänge noch zur richterlichen Entscheidung gebracht würden." ...

---

6. 1. Welches sind die Begriffsmerkmale des Interimsscheines im Gegensatz zur Aktie?

2. Ist die von einem Aktionär zur Sicherung des Restes seiner Einlage vorgenommene Hinterlegung von Wechseln als Einzahlung auf die Aktie anzusehen?

Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894 Tarif Nr. 1a.

VII. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1901 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. Vers.-Akt.-Ges. P. (Kl.). Rep. VII. 162/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die im Jahre 1899 gegründete klagende Aktiengesellschaft hat ihren Aktionären Urkunden mit der Überschrift „Interimsschein über eine Aktie der P. Vers.-Akt.-Ges. in B." ausgestellt, welche den Betrag der Beteiligung des Aktionärs an der Gesellschaft ergeben, und in denen, dem Statute entsprechend, erklärt ist, daß auf die Aktie 25 Prozent des Nominalbetrages mit 250 ℳ bar eingezahlt, für die übrigen 75 Prozent ein Solawechsel bei der Gesellschaft hinterlegt sei, und daß der Interimsschein nach Erfüllung der statutenmäßigen Verbindlichkeiten zur Empfangnahme der Aktie berechtige. Die Steuerbehörde hat einen Stempel in Höhe von 1 Prozent von dem Nennwerte gefordert. Klägerin, welche sich nur zur Zahlung von 1 Prozent von der bar gezahlten Einlage für verpflichtet erachtete, hat den gesamten verlangten Betrag unter Vorbehalt entrichtet und auf Rückzahlung des nach ihrer Ansicht zu viel Gezahlten Klage erhoben. In erster Instanz ist die Klage abgewiesen, in zweiter nach dem Antrage derselben erkannt. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„Lediglich auf einem Mißverständnisse beruht es, daß die Revision dem Berufungsrichter vorwerfen zu können glaubt, er nehme ein Beurkundung der Anteilrechte der Besitzer nur im Verhältnisse der von ihnen geleisteten Bareinzahlung als vorliegend an. In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteiles heißt es, aus dem Inhalte der Urkunden ergebe sich

> die Beteiligung an dem klägerischen Aktienunternehmen, die Höhe der bar geleisteten Einzahlungen;

mit keinem Worte aber ist angedeutet, daß die Beteiligung nur in Höhe der Einzahlung beurkundet sei, sondern beide Momente stehen nebeneinander. Die weiteren Erwägungen lassen sogar das Gegenteil als Meinung des Berufungsrichters klar erkennen; denn als Gipfelpunkt stellt sich der im Anschlusse an mehrere Urteile des Reichsgerichts, z. B. Bd. 5 S. 191, Bd. 36 S. 35, ausgesprochene Satz dar, daß Namensaktie und Interimsscheine beide materiell eine und dieselbe Obligation repräsentieren, nämlich das Anteilsrecht am Vermögen der Gesellschaft.

Die Ansicht des Berufungsrichters zeigt nun auch keinen Rechtsirrtum. Ohne Beurkundung des Anteilsrechtes ist der Begriff des

Interimsscheines nicht erfüllt, insbesondere stellt eine bloße Quittung über Einzahlungen einen solchen nicht dar. Eine Bescheinigung über ein nur in den Grenzen der Bareinzahlung gewährtes Anteilsrecht aber kennt das Gesetz nicht, wie ihm auch materiell ein so geartetes Recht fremd ist. Als unterscheidendes Moment muß betrachtet werden, daß die Ausstellung des Interimsscheines vor Ausgabe der Aktien, d. h. einstweilig, erfolgt. Dies ergiebt sogar der Wortlaut des Gesetzes; denn der Art. 207 H.G.B. (a. F.) definiert die Interimsscheine als Anteilscheine, in welchen der Bezug der Aktien zugesichert wird, oder welche sonst über das Anteilsrecht des Aktionärs vor Ausgabe der Aktien ausgestellt werden. Eine Bestätigung für diesen Begriff des Interimsscheines ist neuerdings durch die Denkschrift zu dem Entwurfe des mit dem 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Handelsgesetzbuches gegeben; denn in dieser wird zu § 177 des Entwurfes (§ 179 des Gesetzes) ausgeführt, der Entwurf spreche „von Anteilscheinen, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden", das Wesentliche der Interimsscheine sei hierin enthalten, Urkunden, durch welche der Besitz der Aktien zugesichert werde, ohne daß der Inhaber als Mitglied der Gesellschaft gelten soll, seien keine Interimsscheine im Sinne des Gesetzes.

Die begriffliche Möglichkeit eines Interimsscheines hat mithin zur Voraussetzung, daß die Ausstellung einer endgültigen Beurkundung vorgesehen und den Aktionären ein, wenn auch nur bedingtes, Recht auf Erteilung einer solchen eingeräumt ist. Diese letztere hat sich dann durch ihren Inhalt als die endgültige, die Ansprüche der Aktionäre auf diesem Gebiete erledigende zu erkennen zu geben.

Für die Zulässigkeit einer Beurkundung der Aktionärrechte schon vor Ausgabe der Aktien aber liegt ein Bedürfnis vor. Dasselbe macht sich in einem sehr hohen Maße bei solchen Aktiengesellschaften geltend, welche ihre Aktien auf den Inhaber zu stellen beabsichtigen, in vielleicht geringerem da, wo nur Namenaktien gewollt sind. Nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, welcher die Einzahlung von nur einem Viertel des Nominalbetrages vorherzugehen braucht, besteht nach den Artt. 210. 211. 213 die Aktiengesellschaft als solche. Ihre Organe, Generalversammlung, Aufsichtsrat, Vorstand, funktionieren; in ihrem Geschäftsbetriebe ist sie keiner Einschränkung unterworfen. Ebenso bestehen auch die Rechte der Aktionäre in ihrem

vollen Umfange; jeder Aktionär hat einen verhältnismäßigen, d. h. dem Betrage der Aktie im Verhältnis zum Einlagekapital (Grundkapital) entsprechenden Anteil vom Vermögen der Gesellschaft. Ob das Recht des Aktionärs überhaupt beurkundet wird, oder nicht, ist für die Existenz desselben ohne Bedeutung; es besteht auch dann in voller Wirksamkeit, wenn zur Zeit weder eine Aktie noch auch ein Interimsschein ausgestellt ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 191. 193, Bd. 22 S. 116. 119, Bd. 31 S. 30. 32, Bd. 36 S. 35. 40.

Das Vorhandensein des Anteilsrechtes bildet umgekehrt die Voraussetzung für die Ausstellung der Urkunden. Während aber für den Interimsschein etwas Weiteres nicht hinzuzukommen braucht; ist die Ausgabe der Aktien noch von anderen Umständen abhängig; sie durfte während Bestehens des Handelsgesetzbuches a. F. vor der vollen Leistung des Nennbetrages bei keiner Gattung von Aktien erfolgen, und seit Beginn der Herrschaft des Handelsgesetzbuches n. F. (§ 179 desselben) gilt dies wenigstens für die Inhaberaktien. Im Art. 249b ist die Ausgabe vor Erfüllung des genannten Erfordernisses sogar mit Strafe bedroht. Die Inhaberaktie erlangt infolgehiervon noch einen speziellen Wert; sie stellt nicht lediglich eine Bescheinigung über das Teilhaberrecht des Aktionärs an sich, sondern zugleich eine Urkunde über ein mit einer Gegenverpflichtung nicht belastetes und der Gefahr der Kaduzierung nicht ausgesetztes Recht dar. Ein so geartetes Wertpapier aber eignet sich für den Umlauf vorzugsweise. Auch für die Namenaktien war die bezeichnete Garantie für die Volleinzahlung gegeben; gegenwärtig, nach Zulassung der Ausgabe nicht voll eingezahlter Namenaktien, besteht sie für dieselben nicht mehr; vorgeschrieben ist aber doch (§ 179 letzter Absatz des Handelsgesetzbuches n. F.), daß der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Urkunden anzugeben ist. Vielfach ist nun Anlaß dazu vorhanden, den Aktionären schon vor Ausgabe der Aktien einen Ausweis über ihre Anteilsrechte zu gewähren; sie bedürfen eines solchen, um bei Ausübung ihrer Rechte, die alsbald nach Eintragung der Gesellschaft in den verschiedensten Beziehungen erforderlich werden kann, keinen Hindernissen zu begegnen. Dem aber trägt das Gesetz Rechnung, indem es Beurkundungen über die Anteilsrechte in Gestalt einstweiliger Urkunden vorsieht. Und das Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894 besteuert im Tarife unter

Nr. 1 diese nur vom Betrage der bescheinigten Einzahlungen, während bei Aktien die Steuer vom Nennwerte erhoben wird.

Ob nun eine Urkunde sich als Aktie, oder als Interimsschein nach Maßgabe dieser Begriffe darstellt, gehört in den einzelnen Fällen dem Bereiche der Auslegung an. Im vorliegenden Falle läßt die Ansicht des Berufungsrichters eine Rechtsverletzung nicht erkennen. . . .

Wenn hier nun lediglich Interimsscheine vorliegen, so sind diese zutreffend versteuert. Die entgegenstehende Annahme des Gerichts der ersten Instanz entbehrt der Begründung; es erhellt auch nicht, daß die Revision sie hätte vertreten wollen. Nach dem Gesellschaftsvertrage hatte die Einlage durch Barzahlung zu erfolgen (Art. 209 b H.G.B. a. F.). Die Hinterlegung von Wechseln, welche nur ein zweites, wenn auch strengeres Schuldversprechen darstellen, sollte nur zur Sicherung der Zahlung dienen. Eine Bestimmung, laut deren die Einlage durch Wechsel der Aktionäre geschehen konnte, ist nicht getroffen worden; es müßte auch bezweifelt werden, daß sie sich mit dem Gesetze in Einklang bringen ließe." . . .

---

7. Kann ein Notar, und eventuell von welchen Gesichtspunkten aus, für ein Versehen seines Bureaupersonals verantwortlich gemacht werden? Haftung des letzteren.

III. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1901 i. S. H. (Kl.) w. R. u. K. (Bekl.). Rep. III. 117/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Kläger hat am 20. Juni 1900, dem letzten Tage der Protestfrist, morgens $9^1/_2$ Uhr einen domizilierten Wechsel auf das Bureau des Beklagten zu 1, des Notars R., gebracht, um ihn durch diesen protestieren zu lassen. Bei Abwesenheit des Beklagten zu 1 nahm dessen Bureauvorsteher, der Beklagte zu 2, den Wechsel und Auftrag

entgegen und versicherte noch dem Kläger, der darauf aufmerksam machte, daß der laufende Tag der letzte für Erhebung des Protestes sei, er möge außer Sorge sein, bei ihnen würde nichts versäumt. Der Beklagte zu 2 legte dann aber den Wechsel seinem Dienstherrn, dem Beklagten zu 1, erst abends nach 6 Uhr vor, sodaß die Protestfrist versäumt wurde, und, da der Wechsel ein domizilierter war, somit jeder wechselmäßige Anspruch — abgesehen von der etwaigen Bereicherungsklage aus Art. 83 W.O. — für Kläger verloren gegangen ist, so hat er nunmehr gegen beide Beklagte auf Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen Klage erhoben.

Beide Vorinstanzen haben der Klage gegen den Beklagten zu 1, den Notar, stattgegeben, die Klage gegen den Beklagten zu 2, den Bureauvorsteher, dagegen abgewiesen, indem sie ausführen: In der Bestellung des Beklagten zu 2 zum Bureauvorsteher liege die Bestellung desselben zum Vertreter des Beklagten zu 1 im Verkehre mit dem Publikum, soweit es sich nicht um die Aufnahme der Notariatsakte selbst handle, insbesondere zu seiner Vertretung zur Entgegennahme von Aufträgen. Mit der Entgegennahme des Protestauftrages seitens des Bureauvorstehers sei daher ein Dienstvertrag gemäß § 675 B.G.B. zwischen dem Kläger und dem verklagten Notar zustande gekommen, und dieser hafte, da der Schuldner nach § 278 B.G.B. ein Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediene, wie ein eigenes Verschulden zu vertreten habe, für das Versehen, das sein Gehilfe sich durch die verzögerte Vorlegung des Wechsels habe zu schulden kommen lassen. Anderseits hafte der letztere, der Bureauvorsteher, nicht, da die Wirkungen des von ihm als Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäftes unmittelbar und ausschließlich für den Vertretenen eingetreten, ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger daher nicht zustande gekommen sei.

Diese Ausführungen sind rechtsirrig. Sie beruhen auf einer Verwechselung der Entgegennahme des Auftrages bezw. des Angebotes des Dienstvertrages des § 675 B.G.B. behufs Übermittelung mit der Annahme des Vertragsangebotes. Mag auch der Bureauvorsteher kraft seiner Stellung zur Entgegennahme und Übermittelung der Aufträge bezw. Dienstvertragsofferten als bevollmächtigt gelten, so fehlt es doch an jedem Grunde für die Annahme, daß er auch

zum Abſchluſſe des Dienſtvertrages oder Auftrages (§ 675 B.G.B.) bevollmächtigt ſei. Nur der Notar ſelbſt kann beurteilen, ob er das Notariatsgeſchäft, deſſen Beſorgung ihm angetragen wird, ausführen kann und darf, ob das Geſchäft rechtlich überhaupt zuläſſig, ob er aus beſonderen perſönlichen Gründen an der Aufnahme des betreffenden Notariatsaktes behindert, ob ſeine Zeit bereits anderweit beſetzt iſt ꝛc. Die Annahme iſt daher unmöglich, daß der Notar ein für allemal ſeinen Bureauvorſteher bevollmächtigt habe, für ihn einen bindenden Dienſtvertrag nach § 675 B.G.B. abzuſchließen, für ihn die Verpflichtung einzugehen, ein Notariatsgeſchäft vorzunehmen. Durch die Entgegennahme des Wechſels und Proteſtauftrages war daher ein Vertragsverhältnis zwiſchen dem Notar und Kläger noch nicht zuſtande gekommen. War aber ein Vertragsverhältnis zwiſchen Notar und Kläger nicht vorhanden, dann trifft auch der § 278 B.G.B., welcher ein ſolches beſtehendes Schuldverhältnis vorausſetzt, im vorliegenden Falle nicht zu: „hat ein Verſchulden ſolcher Perſonen, deren er ſich zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit bedient, zu vertreten“. Ebenſowenig kann aber auch Kläger ſich auf den § 831 B.G.B. berufen, da dieſer eine hier nicht in Frage ſtehende unerlaubte Handlung des Gehilfen vorausſetzt. Endlich kann auch nicht in dem Verſuche des Notars, den Proteſt nach 6 Uhr abends noch aufzunehmen, eine nachträgliche Genehmigung eines Vertragsabſchluſſes des Bureauvorſtehers gefunden werden, ſondern nur eine eigene Annahme des Dienſtauftrages, wie er zu der Zeit, als er ihm zuging, überhaupt nur noch möglich war (d. i. eine Proteſtaufnahme mit Zuſtimmung des Proteſtaten). Der einzige Geſichtspunkt, von dem denkbarerweiſe eine Haftung des Beklagten zu 1 für das Verſchulden des Bureauvorſtehers hergeleitet werden könnte, iſt der, ob etwa darin, daß der Notar eine Perſon zu dem Zwecke anſtellt, daß ihr in ſeiner Abweſenheit auch Anträge an ihn, damit ſie ihm übermittelt werden, abgegeben werden können, zugleich ein ſtillſchweigendes Garantieverſprechen zu finden iſt, daß dieſe Perſonen ihre Pflichten ſorgfältig erfüllen, insbeſondere alſo auch Anträge innerhalb der gehörigen Zeit an ihren Prinzipal weiter befördern. Hierüber hat ſich das Berufungsgericht noch nicht ausgeſprochen, und es erſcheint umſoweniger angemeſſen, dieſe keineswegs zweifelloſe Frage von hier aus direkt zu entſcheiden, als die thatſächliche Stellung des Beklagten zu 2 noch

nicht völlig aufgeklärt ist, insbesondere die unter Beweis gestellten Behauptungen des Klägers, daß Beklagter zu 2 auch Vollmacht in Notariatssachen habe, daß er ausdrücklich vom Beklagten zu 1 beauftragt gewesen sei, für ihn Wechsel zwecks Erhebung des Protestes in Empfang zu nehmen, und daß er auch seit Jahren Wechsel zwecks Erhebung des Protestes in Empfang genommen habe, einmal in ihrer Bedeutung teilweise nicht zweifelsfrei, andererseits aber auch vom Beklagten zu 1 ausdrücklich bestritten sind. Hiernach rechtfertigt es sich, soweit der Beklagte zu 1 in Frage steht, unter insoweitiger Aufhebung des angefochtenen Urteiles die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen.

Was dagegen den mitbeklagten Bureauvorsteher K. anlangt, so zerfällt der Entscheidungsgrund der Vorinstanzen ohne weiteres damit, daß K. als Stellvertreter des Notars überhaupt einen Vertrag nicht abgeschlossen hat. Denn alsdann fehlt es an jedem Grunde, in der Übernahme des Wechsels und Auftrages zur Weitergabe an seinen Prinzipal, zumal mit der Bemerkung, es werde nichts versäumt werden, nicht einen übernommenen Auftrag zu finden, aus dem er dem Auftraggeber haftet. Insbesondere steht auch die offen gelassene Möglichkeit, daß der Notar eine Garantie für eine ordnungsmäßige Thätigkeit seines Angestellten übernommen habe, der Annahme eines weiteren Auftragsverhältnisses zwischen K. und dem Kläger in keiner Weise entgegen. Diesem Auftrage hat aber unbestritten K. in schuldhafter Weise nicht entsprochen, und die Klage erscheint daher gegen ihn ohne weiteres begründet, sodaß insoweit unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen von hier aus durcherkannt werden konnte." . . .

---

8. Was ist erforderlich, um die von dem Mitgliede einer Genossenschaft schriftlich erklärte Kündigung seiner Mitgliedschaft mit der Wirkung rückgängig zu machen, daß die Mitgliedschaft erhalten bleibt?

Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889/12. August 1896 §§ 67. 68. 70 (§§ 69. 70. 72 n. F.).

I. Civilsenat. Urt. v. 1. Juli 1901 i. S. P. (Bekl.) w. die National-Hypotheken-Kreditgesellschaft, eingetragene Genossenschaft m. b. H., in St. (Kl.). Rep. I. 117/01.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte, der Mitglied der klagenden Genossenschaft war, wünschte, wenn möglich, am Ende des Jahres 1897 aus derselben auszuscheiden und sein in zehn Anteile zerlegtes Guthaben von 3000 ℳ frei zu bekommen. Er fragte deshalb am 1. Mai 1897 brieflich bei der Genossenschaft an, ob dies angehe. Die Genossenschaft antwortete ihm am 3. Mai 1897 unter Übersendung eines Kündigungsformulares, daß er nach Vorschrift des Statutes erst zum 31. Dezember 1898 kündigen könne, daß sie aber bereit sei, ihm schon Ende 1897 acht seiner Geschäftsanteile (2400 ℳ) abzunehmen, während er zwei Anteile bis 31. Dezember 1898 behalten müsse. Der Beklagte kündigte hierauf am 4. Mai 1897 schriftlich seine Mitgliedschaft bei der Genossenschaft zum 31. Dezember 1898 und acceptierte zugleich das Anerbieten, ihm acht seiner Geschäftsanteile am Ende des Jahres 1897 abzunehmen. Auf Grund seiner Kündigung ist demnächst seine Löschung in der Liste der Genossen zum Schlusse des Jahres 1898 erfolgt. Als er jedoch gegen Ende 1897 die Auszahlung der acht Geschäftsanteile verlangte, wurde dieselbe von der Genossenschaft, die inzwischen einen neuen Vorstand erhalten hatte, verweigert. Schon die für das Jahr 1897 aufgestellte Bilanz des Genossenschaftsvermögens ergab einen sehr erheblichen, die Guthaben der Genossen absorbierenden Verlust, sodaß die Generalversammlung am 23. April 1898 beschloß, jedem Genossen die Einzahlung weiterer 2000 ℳ aufzuerlegen. Davon sollten 1000 ℳ im Jahre 1898, die weiteren 1000 ℳ in zwei Raten im Laufe des Jahres 1899 gezahlt werden. Der Beklagte hat im Juni 1898 die von ihm damals geforderten 1000 ℳ gezahlt. Die nach dem Schlusse des Jahres 1898 aufgestellte Bilanz ergab jedoch eine Unterbilanz von noch 2556573 ℳ 46 ₰. Nachdem diese Bilanz von der Generalversammlung genehmigt worden war, berechnete die Klägerin unter Zugrundelegung einer Zahl von 973 Genossen am Schlusse des Jahres 1898 den jeden Genossen treffenden negativen Geschäftsanteil auf 2627 ℳ 52 ₰ und erhob nach vergeblicher Zahlungsaufforderung gegen den Beklagten als ausgeschiedenen Genossen Klage auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Wider-

klage mit dem Antrage, festzustellen, daß er aus der Genossenschaft nicht ausgeschieden, sondern noch Genosse sei.

Der Beklagte gründete seine Anträge in erster Linie darauf, daß seine Kündigung unter ausdrücklicher Voraussetzung der Rückzahlung von 2400 ℳ auf sein Guthaben am Ende des Jahres 1897 erfolgt sei, und daß die Klägerin seine Löschung in der Mitgliederliste nicht hätte veranlassen dürfen, nachdem diese Voraussetzung weggefallen sei. Er behauptete ferner, seine Kündigung in einer Generalversammlung in Anwesenheit des Vorstandes mündlich zurückgenommen, außerdem auch dem Direktor E. erklärt zu haben, er werde Genosse bleiben und 2000 ℳ als neuen Geschäftsanteil einzahlen. Dieser Erklärung gemäß sei er im Juni 1898 zur Zahlung von 1000 ℳ auf seinen Geschäftsanteil aufgefordert worden und habe diese Zahlung auch geleistet. Daraus gehe hervor, daß er seinen Willen, Genosse bleiben zu wollen, deutlich erklärt und die Klägerin diese Erklärung angenommen habe.

Außerdem bemängelte der Beklagte die Richtigkeit der aufgestellten Bilanz.

In erster Instanz ist der Beklagte unter Abweisung seiner Widerklage nach dem Klagantrage verurteilt worden. Seine Berufung hat nur insoweit Erfolg gehabt, als ein Teil der Klageforderung abgewiesen wurde. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

(Zunächst ist ausgeführt, daß das Berufungsgericht mit Recht eine unbedingte Kündigung des Beklagten angenommen habe. Dann wird fortgefahren:)

„Der Beklagte glaubt seine Löschung in der Liste der Genossen auch deshalb anfechten zu können, weil er seinen Willen, die Kündigung zurückzunehmen, der Genossenschaft gegenüber erklärt, und die Genossenschaft diese Erklärung angenommen habe. Das Berufungsgericht beseitigt diesen Grund der Anfechtung, indem es ausführt, daß der Beklagte in der Generalversammlung vom 23. April 1898 nur seine Absicht, die Kündigung zu widerrufen, zum Ausdruck gebracht, eine wirkliche Zurücknahme aber, welche der schriftlichen Form bedurft haben würde, nicht erklärt habe, und das weitere Verhalten des Beklagten und der Genossenschaftsorgane seine Begründung darin finde, daß die Erklärung des Beklagten in der Generalversammlung

für ausreichend gehalten worden sei, um die Kündigung unwirksam zu machen. Die hiergegen von der Revision gerichteten Angriffe können keinen Erfolg haben, weil das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, daß eine rechtswirksame Zurücknahme der Kündigung nicht erfolgt sei. Das Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889/12. August 1896 schreibt sowohl für den Beitritt eines neuen Mitgliedes (§ 15 Abs. 1), wie für die Aufkündigung der Mitgliedschaft (§ 63 Abs. 2) eine schriftliche Erklärung des Beitretenden oder Kündigenden vor. Diese schriftlichen Erklärungen sind von dem Vorstande der Genossenschaft dem das Genossenschaftsregister führenden Gerichte einzureichen, welches auf Grund derselben die Eintragung des Beitretenden in die Liste der Genossen oder die Löschung des Ausscheidenden zu bewirken und die ihm zugegangenen Erklärungen aufzubewahren hat (§ 15 Abss. 2, 4. § 67 Abs. 1. § 68. § 70 Abs. 3). Aus diesen Vorschriften geht hervor, daß das Gesetz volle Klarheit bezüglich der Mitgliedschaft jedes einzelnen Genossen will.

Mit diesem Zwecke des Gesetzes ist es nicht vereinbar, die Entkräftung einer der Genossenschaft gegenüber in gehöriger Form erklärten Kündigung eines Genossen durch spätere nur mündliche Vereinbarung zwischen diesem und der Genossenschaft zuzulassen. Vielmehr kann, wenn die gehörig erklärte Kündigung eines Genossen rückgängig gemacht werden soll, wozu ebenso, wie zum Beitritt eines neuen Mitgliedes, die Zustimmung der Genossenschaft erforderlich ist, dies mit der dem Zwecke des Gesetzes entsprechenden Klarheit nur in der Weise geschehen, daß entweder die schriftliche Kündigungserklärung dem Genossen zurückgegeben oder kassiert wird, oder falls sie in der Hand der Genossenschaft verbleibt, der Genosse die Kündigung schriftlich zurücknimmt, und die Genossenschaft ihre Zustimmung zu dieser Zurücknahme ausdrücklich zu erkennen giebt, sei es durch eine an den Genossen gerichtete schriftliche Genehmigungserklärung, sei es durch Überreichung der Zurücknahmeerklärung an den Registerrichter. Letzterer Weg wird namentlich dann einzuschlagen sein, wenn dem Registerrichter die Kündigung des Genossen behufs dessen Löschung in der Liste der Genossen bereits vorgelegt war. Hieraus ergiebt sich, daß, da die Kündigungserklärung des Beklagten weder demselben zurückgegeben noch kassiert ist, auch der Beklagte die Zurücknahme der

Kündigung schriftlich nicht erklärt hat, seine Kündigung wirksam geblieben und auf Grund derselben seine Löschung in der Liste der Genossen mit Recht erfolgt ist. Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob sich aus dem Verhalten des Beklagten und der Genossenschaftsorgane in und nach der Generalversammlung vom 23. April 1898 eine mündlich oder stillschweigend erklärte Willensübereinstimmung bezüglich des Verbleibens des Beklagten in der Genossenschaft herleiten läßt. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob, wie die Revision auszuführen sucht, der Genossenschaftsvorstand dadurch, daß er, ungeachtet der Erklärungen des Beklagten und der Genossenschaftsorgane, die Kündigung dem Registerrichter vorgelegt hat, ohne vorher dem Beklagten zur Einreichung einer formellen Zurücknahmeerklärung Veranlassung gegeben zu haben, gegen Treue und Glauben verstoßen und hierdurch die Genossenschaft haftbar gemacht hat; denn eine etwaige Haftbarkeit der Genossenschaft für den durch dieses Verfahren dem Beklagten möglicherweise entstandenen Schaden steht der Wirksamkeit der Kündigung und der auf Grund derselben erfolgten Löschung des Beklagten, sowie der Geltendmachung seiner Verpflichtung, als ausgeschiedener Genosse seinen negativen Geschäftsanteil einzuzahlen, nicht im Wege. Einen gegen die letztgedachte Forderung aufzurechnenden Schadensanspruch hat der Beklagte nicht erhoben." ...

(Der Rest des Urteiles betrifft die Bemängelung der Bilanz.)

---

9. Hat das Urteil, das über eine wegen Patentverletzung auf Unterlassung von Eingriffen in das Patentrecht gerichtete Klage entscheidet, bezüglich der Frage, ob das Patent verletzt worden ist, Rechtskraftwirkung auch für den Anspruch auf Entschädigung wegen Verletzung des Patentes?

C.P.O. § 322 Abs. 1.

I. Civilsenat. Urt. v. 3. Juli 1901 i. S. Aktiengesellschaft C. L. (Bekl.) w. Société anonyme des Usines A. E. D. (Kl.). Rep. I. 141/01.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Geklagt war auf Grund eines mit Gültigkeit vom 15. Januar 1886 erteilten, von der Klägerin erworbenen deutschen Reichspatentes Nr. 36467, dessen erster Anspruch lautete:

> Das Verfahren zur Herstellung von Cigarettenhülsen ohne Klebstoff, darin bestehend, die Längskanten eines Papierblattes oder Papierstreifens in der Weise ineinander zu haken, zusammenzufalten oder zusammenzurollen, und zwar nach innen oder nach außen, daß eine Wulst gebildet wird und hierauf die in dem Wulst enthaltenen Papierlagen mit Hilfe von Rändeleisen oder Walzen so eng aneinander zu pressen, daß ein fester und luftdichter Verschluß erzielt wird.

Die Klägerin behauptete, daß die Beklagte Cigaretten gewerbemäßig herstelle und in den Handel bringe, bei denen die Hülsen nach dem in dem Anspruche 1 des Patentes Nr. 36467 gekennzeichneten Verfahren verfertigt seien, und beantragte deshalb, der Beklagten die Herstellung und den Vertrieb derartiger Cigaretten unter Strafandrohung zu untersagen.

Die Beklagte widersprach der Klage, deren Abweisung beantragend.

Das Landgericht erkannte der Klage gemäß, und vom Oberlandesgerichte wurde die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, zugleich jedoch der Klaganspruch wegen Ablaufes der Geltungsdauer des Patentes Nr. 36467 für nunmehr erledigt erklärt.

Die Revision der Beklagten wurde als unzulässig verworfen aus folgenden

Gründen:

„Die Revision mußte als unzulässig verworfen werden, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht den nach § 546 Abs. 1 C.P.O. erforderlichen Betrag erreicht.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, zugleich aber mit Rücksicht auf den inzwischen erfolgten Ablauf der Geltungsdauer des Patentes, auf welches der Klaganspruch sich stützte, diesen Anspruch für erledigt erklärt. Damit ist ausgesprochen, daß der Klaganspruch zwar begründet gewesen sei, dies aber jetzt nicht mehr sei, weil das Patentrecht der Klägerin aufgehört habe, zu bestehen.

Auch ihrerseits hiervon ausgehend, hat die Revisionsklägerin auszuführen versucht: obwohl es den Anschein habe, daß keine der Parteien noch ein Interesse daran habe, ob die Entscheidung des Berufungsgerichtes aufrechterhalten bleibe, oder nicht, so sei es in Wahrheit doch anders; inzwischen habe nämlich die Klägerin, wie sich aus überreichten Akten ergebe, für die Zeit vom 1. Januar 1897 an eine Schadensersatzklage erhoben, durch welche von der Beklagten eine den Betrag von 1500 ℳ weit übersteigende Entschädigung verlangt werde, und das müsse bei der Wertung des Beschwerdegegenstandes der Revision berücksichtigt werden, weil durch die Entscheidung des gegenwärtigen Prozesses auch für die Frage der Entschädigungspflicht rechtskräftig festgestellt werde, ob und inwiefern die Beklagte eine Patentverletzung begangen habe.

Dieser Ausführung mag darin zuzustimmen sein, daß, wenn das die gegenwärtige Streitsache entscheidende Urteil die behauptete Tragweite hätte, für die auf dessen Herbeiführung gerichtete Klage und auch für die Revision ein den Betrag von 1500 ℳ überschreitender Streitwert angenommen werden müßte; und dafür, daß sie jenem Urteile in Hinsicht auf die Rechtskraftwirkung die richtige Bedeutung beilege, hätte die Revisionsklägerin sich berufen können auf eine frühere Entscheidung des jetzt erkennenden Senates selbst, die am 11. Dezember 1897 ergangen ist und sich in ihrem hier in Betracht kommenden Teile abgedruckt findet in Seuffert's Archiv Bd. 53 unter Nr. 195. In dem damals entschiedenen Falle war geklagt auf Entschädigung wegen Verletzung eines kunstgewerblichen Urheberrechtes; ein dasselbe Urheberrecht betreffender, auf Grund einer Negatorienklage anhängig gewordener Vorprozeß der Parteien hatte zu einem Verbotsurteile gegen den Beklagten geführt, und es wurde nun als durch dieses Urteil auch für den Entschädigungsanspruch rechtskräftig festgestellt angesehen, daß solche Gegenstände, wie sie die Beklagte gewerbemäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht hatte, unzulässige Nachbildungen eines für die klagende Partei geschützten Modelles seien.

Der Senat glaubt jedoch an der seiner früheren Entscheidung zu Grunde liegenden Ansicht über den Umfang der Rechtskraft eines Urteiles, wie es damals in Frage stand und jetzt wieder in Frage steht, nicht festhalten zu können.

Nach § 322 Abs. 1 C.P.O. sind Urteile nur insoweit der Rechts-

kraft fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Aus dieser die Urteilsrechtskraft einschränkenden Vorschrift folgt nicht die Unrichtigkeit des allgemeinen Grundsatzes, von dem die frühere Entscheidung des Senates ausging, des Grundsatzes nämlich, daß, wenn ein rechtskräftig zuerkannter Anspruch die Voraussetzung eines anderen Anspruches bildet, er auch für diesen rechtskräftig festgestellt ist. Zu bestreiten ist nur, daß dieser Grundsatz in Fällen der vorliegenden Art zutrifft. Das Urheberrecht und ebenso das durch Patent geschützte Erfinderrecht ist kein bloßes Verbietungsrecht, sondern ein Recht, und zwar ein absolutes Recht an einem unkörperlichen Gut. Wird es verletzt, so erzeugt es einen Anspruch gegen den Urheber der Verletzung auf Unterlassung von Störungen und daneben, wenn die Verletzung eine wissentliche oder grob fahrlässige war, einen Anspruch auf Entschädigung. Aber der Unterlassungsanspruch ist nicht Voraussetzung des Entschädigungsanspruches; vielmehr haben beide Ansprüche zur gemeinsamen Voraussetzung, daß das absolute Recht besteht, und daß es verletzt worden ist. Unterlassungsanspruch und Entschädigungsanspruch stehen in dieser Hinsicht in keinem anderen Verhältnisse zu einander, als zwei Entschädigungsansprüche, die auf verschiedene Zeiträume sich beziehende oder sonstwie gesonderte Teilbeträge des Schadens zum Gegenstande haben. Für die Entscheidung über den im gegebenen Falle allein geltend gemachten Unterlassungsanspruch hatte deshalb die Feststellung, daß und warum in den von der Beklagten vorgenommenen Handlungen eine Verletzung des Patentes der Klägerin zu erblicken gewesen sei, lediglich die Bedeutung eines Entscheidungsgrundes, dem Rechtskraftwirkung auch für den Entschädigungsanspruch zuzuschreiben dem Grundgedanken der im § 322 Abs. 1 C.P.O. getroffenen Vorschrift widersprechen würde. Das Gesetz geht davon aus, daß die Parteien eine Entscheidung nur über den durch den Antrag der Klage oder Widerklage begrenzten Anspruch verlangen, und daß sie danach in Angriff und Verteidigung ihren Aufwand von Mühe und Kosten bemessen. Hierzu soll daher die Tragweite der Entscheidung in richtigem Verhältnisse stehen. Und in dieser Beziehung ist es, was den gegenwärtigen Fall angeht, beachtenswert, daß der Unterlassungsanspruch der Klägerin erst im letzten Jahre der Geltungsdauer ihres Patentes erhoben worden ist,

das Interesse an der Durchführung oder Abwehr dieses Anspruches an und für sich also von vornherein ein zeitlich sehr beschränktes war.

Im übrigen ist zu bemerken, daß von den vorstehenden Ausführungen nicht der Anspruch auf Schadensersatz wegen Zuwiderhandelns gegen ein Verbotsurteil betroffen wird." ...

---

10. Berücksichtigung verziehener Mißhandlungen bei einer auf § 1568 B.G.B. gestützten Ehescheidungsklage.

VI. Civilsenat. Urt. v. 4. Juli 1901 i. S. U. Ehefr. (Kl.) w. U. (Bekl.). Rep. VI. 153/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

In diesem, nach dem 1. Januar 1900 verhandelten Ehescheidungsprozesse war die Klage teils auf Ehebruch des Beklagten, teils auf eine von ihm verschuldete tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses im Sinne des § 1568 B.G.B. gestützt. Die in der Berufungsinstanz ausgesprochene Klagabweisung ist vom Reichsgericht, unter Zurückverweisung der Sache ans Berufungsgericht, aufgehoben werden.

Aus den Gründen:

... „Die Klägerin hat die Scheidung ihrer Ehe verlangt sowohl wegen Ehebruchs des Beklagten mit einer gewissen M. N., als wegen vom Beklagten durch Mißhandlungen verschuldeter tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses im Sinne des § 1568 B.G.B. Es kommen dabei angebliche Verfehlungen des Beklagten in Frage, die vor den 1. Januar 1900 fallen, oder von denen es wenigstens unklar ist, ob sie nicht in diese ältere Zeit hinein gehören. Einer genaueren Erörterung dieses Punktes bedarf es jedoch hier deswegen nicht, weil nach beiden laut des Art. 201 Einf.-Ges. zum B.G.B. insoweit in Betracht kommenden Rechten, einerseits nach dem des Bürgerlichen Gesetzbuches, anderseits nach dem in Hamburg vor 1900 als allgemeines bürgerliches Recht geltenden gemeinen deutschen protestantischen Ehescheidungsrechte, sowohl der Ehebruch, als auch eine durch Mißhandlungen verschuldete tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als

Scheidungs-, bezw. wenigstens als Trennungsgründe anzuerkennen sind."

(Es folgt nun zunächst die Ausführung, daß in Ansehung des Klagegrundes des Ehebruches durch Übergehung prozessual verstoßen sei, ferner eine Darlegung verschiedener Bedenken, die sich vom Standpunkte des § 1568 B.G.B. aus erheben ließen. Darauf wird fortgefahren:)

„Jedoch kann sogar dahingestellt bleiben, ob die soeben hervorgehobenen Bedenken die in Ansehung des Klagegrundes aus § 1568 B.G.B. getroffene Entscheidung als schlechthin unhaltbar erscheinen lassen: jedenfalls ist sie dies wegen einer Verletzung des § 1573 daselbst, auf welcher sie beruht. Das Oberlandesgericht hat nämlich die etwa vor dem Umzuge der Parteien nach Hamburg in He. vorgekommenen Mißhandlungen ganz außer Betracht lassen zu müssen geglaubt, weil diese von der Klägerin verziehen sein würden. Dabei ist aber übersehen, daß, wenn auch nach § 1570 B.G.B. durch Verzeihung das Recht auf Scheidung erlischt, doch nach § 1573 daselbst Thatsachen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, also auch verziehene Mißhandlungen, doch zur Unterstützung einer auf andere Thatsachen gegründeten Scheidungsklage noch brauchbar sind und daher in einem solchen Falle nicht unbeachtet bleiben dürfen, und daß sich dies nach dem früheren gemeinen Rechte bei einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett eben so verhielt." . . .

---

11. 1. Ist die Wirksamkeit eines nach §§ 327. 349 B.G.B. erklärten Rücktrittes davon abhängig, daß der Zurücktretende zugleich die Rückgabe des auf Grund des Vertrages Empfangenen dem anderen Teile in der durch § 294 B.G.B. bestimmten Weise anbietet?

2. Inwieweit findet § 326 B.G.B. auch dann Anwendung, wenn die Feststellung dessen, was der im Verzuge befindliche Teil zu leisten hat, eine vorgängige Berechnung erfordert?

3. Bezieht sich § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. auch auf Ansprüche, die in zweiter Instanz neu erhoben worden sind?

V. Civilsenat. Urt. v. 6. Juli 1901 i. S. F. (Bekl. u. Widerkl.) w. Ehel. St. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 150/01.

I. Landgericht Schneidemühl.
II. Oberlandesgericht Posen.

Kläger verkauften mittels Vertrages vom 14. Juli 1900 ihr damals unter Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung stehendes Grundstück St. Bl. 1 des Grundbuches an den Beklagten zum Zwecke der Parzellierung und übergaben es ihm. Da Beklagter in der Entgegennahme der Auflassung und Zahlung des Restkaufgeldes, welches beides bis zum 1. August 1900 stattfinden sollte, säumig war, auch eine ihm mittels Schreibens vom 24. September 1900 unter Rücktrittsandrohung gewährte Nachfrist unbenutzt verstreichen ließ, so traten Kläger vom Vertrage zurück und klagten mit dem in der Berufungsinstanz schließlich dahin gefaßten Antrage, den Beklagten zu verurteilen: 1. ihre Rücktrittsbefugnis anzuerkennen; 2. das Grundstück St. Bl. 1 sofort zu räumen; 3. das Grundstück in dem Zustande, in dem es sich am 14. Juli 1900 befunden habe, insbesondere mit den damals vorhandenen Vorräten und Inventarstücken, zurückzugewähren; 4. ihnen für die bereits verkauften Erntevorräte und Inventarstücke 2919 ℳ nebst Verzugszinsen zu zahlen. Beklagter erachtete den Rücktritt für wirkungslos, weil Kläger dabei nicht gleichzeitig die Rückerstattung der empfangenen baren Anzahlung thatsächlich angeboten hätten, und weil ferner in dem Schreiben vom 24. September 1900 das geforderte Restkaufgeld nicht in einer bestimmten Summe bezeichnet gewesen, auch sonst nicht festgestanden habe, sondern zufolge der verschiedenen, von ihm behufs Aufhebung der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung geleisteten Zahlungen erst durch eine gegenseitige Abrechnung, deren Herbeiführung den Klägern obgelegen habe, festzustellen gewesen wäre. Er behauptete dabei noch, daß er sich anfangs August 1900 zur Abrechnung, Herauszahlung des Überschusses und Entgegennahme der Auflassung dem klagenden Ehemanne gegenüber erboten, letzterer jedoch darauf nichts veranlaßt habe. Eventuell machte Beklagter wegen seiner Erstattungsansprüche sowie wegen verschiedener von seinen Parzellenkäufern auf das Grundstück gemachter Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht an dem Grundstücke geltend. Er verlangte Abweisung der Klage und im Wege der Widerklage Verurteilung der Kläger zur Erteilung der Auflassung.

Der erste Richter erkannte nach diesem Antrage. Der zweite

Richter erklärte unter Abweisung der Widerklage den Rücktritt der Kläger für berechtigt und verwies im übrigen die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurück. Der Revision des Beklagten ist teilweise stattgegeben worden aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter geht davon aus, daß das angebliche Erbieten des Beklagten zur Abrechnung, Auszahlung des Kaufgelderrestes und Entgegennahme der Auflassung nicht geeignet gewesen sei, die Kläger ihrerseits in Verzug zu setzen und dadurch deren später erklärten Rücktritt wirkungslos zu machen; vielmehr hätte Beklagter, um dies zu erreichen, den zu zahlenden Betrag nach § 294 B.G.B. den Klägern thatsächlich anbieten müssen, was nicht geschehen sei. Auf der anderen Seite erachtet der Berufungsrichter es als unnachteilig für die Kläger, daß diese bei dem Rücktritt es unterlassen haben, dem Beklagten gleichzeitig ein Realangebot der Rückzahlung der von ihm in Anrechnung auf das bare Kaufgeld geleisteten Beträge zu machen. Denn nach §§ 327. 349 B.G.B. vollziehe sich der Rücktritt, seine materielle Rechtmäßigkeit vorausgesetzt, formell schon durch die bloße dem anderen Vertragsteil gegenüber abgegebene Willenserklärung des Zurücktretenden. Erst, nachdem dies geschehen, komme in Frage, welche Leistungsverbindlichkeiten sich aus der wirksam gewordenen Rücktrittserklärung für beide Vertragsteile ergeben, und diese seien alsdann nach § 348 B.G.B. Zug um Zug zu erfüllen.

Demgegenüber verharrt die Revision zunächst auf dem von dem Beklagten bereits in den Vorinstanzen eingenommenen Standpunkte, daß Kläger in dem Aufforderungsschreiben vom 24. September 1900 sich zur Anrechnung dessen, was sie dem Beklagten zu ersetzen hatten, hätten erbieten müssen, und daß mangels dessen das bezeichnete Schreiben wirkungslos sei. Die gegenteilige Rechtsauffassung des Berufungsrichters entspricht indessen dem klaren Wortlaut des Gesetzes und ist daher unbedenklich zutreffend. Auch der weitere, von der Revision erhobene Vorwurf der Verletzung des § 326 B.G.B. durch unrichtige Anwendung entbehrt der Begründung. Die Revision hält den erwähnten Paragraphen nur da für anwendbar, wo die vom Schuldner zu machende Leistung bestimmt feststehe und liquide sei. Sie meint, daß im vorliegenden Falle, wo der Vertrag von beiden

Seiten bereits teilweise erfüllt war, erst eine Abrechnung hätte stattfinden müssen, und daher das Schreiben vom 24. September 1900 nicht so, wie geschehen, erlassen werden durfte, vielmehr Kläger entweder die Abrechnung selbst vorzunehmen und alsdann die Zahlungsaufforderung auf den hierbei ermittelten ziffermäßigen Betrag zu richten hatten, oder aber, wenn sie dazu außer stande waren, die Aufforderung, Zahlung zu leisten, überhaupt hätte unterbleiben müssen und statt dessen Beklagter zunächst zur Vornahme der Abrechnung aufzufordern gewesen wäre. Jedenfalls aber seien die Kläger durch das Nichteingehen auf die von dem Beklagten ihnen angebotene Abrechnung in Verzug geraten, und es beruhe daher auf Rechtsirrtum, wenn der Berufungsrichter die bestrittene Behauptung des Beklagten, daß ein solches Angebot stattgefunden habe, für unbeachtlich erkläre. Diese Ausführungen gehen fehl. Allerdings hat § 326 B.G.B. in erster Linie den Fall im Auge, daß die zu bewirkende Leistung sich als eine fest bestimmte darstellt. Dadurch wird aber nicht seine Anwendbarkeit auf Fälle ausgeschlossen, in denen der Leistungspflicht zwar eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet, es aber lediglich von dem Willen des Schuldners abhängt, durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung oder abzugebende Erklärung die Leistung zu einer bestimmten zu machen. Wie § 326 unzweifelhaft bei wahlweisen Schuldverhältnissen (§§ 262 flg. B.G.B.) Platz greift, obgleich hier der Leistungsinhalt ebenfalls erst nachträglich — durch die Ausübung des Wahlrechts von seiten des Schuldners — Bestimmtheit erlangt, so muß ein Gleiches auch dann gelten, wenn der Schuldner die an sich ziffermäßig bestimmte Leistung um den Betrag ihm zustehender Gegenforderungen kürzen darf. Inwieweit dieser Grundsatz für den Fall eine Einschränkung erleidet, daß die Bestimmung des Leistungsgegenstandes eine vorgängige Abrechnung im Sinne des § 782 B.G.B., d. h. eine unter Mitwirkung beider Teile sich vollziehende Festsetzung der Höhe des geschuldeten Überschusses, erfordert, kann dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Falle ist von einer so gearteten Abrechnung keine Rede, sondern handelte es sich nach der Feststellung des Berufungsrichters nur darum, wieviel der Beklagte an berichtigten Hypothekenzinsrückständen und Kosten der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung verauslagt hatte; es kamen also nur Abzüge in Frage, deren Höhe zu bestimmen der Beklagte allein vermöge der in

seinen Händen befindlichen Unterlagen imstande war. Demzufolge lag, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, die Aufmachung der die Höhe des Restkaufgeldes mindernden Gegenrechnung dem Beklagten ob, und konnten die Kläger, da deren Mitwirkung hierbei nicht erforderlich war, auch nicht dadurch in Annahmeverzug geraten, daß sie die an sie ergangene Aufforderung des Beklagten zur Mitwirkung unbeachtet ließen. Ebensowenig brauchten sie, wenn sie von dem Rechte aus § 326 B.G.B. Gebrauch zu machen entschlossen waren, erst zu warten, bis Beklagter jene einseitige Rechnungsoperation vornahm, oder die ihm hierzu etwa zu setzende Frist unbenutzt abgelaufen war. Vielmehr konnten sie mit Eintritt des Verzuges des Beklagten gegen ihn sofort in der nach § 326 zulässigen Weise vorgehen und es ihm überlassen, die Leistung nur in dem von ihm als berechtigt anerkannten Umfange unter gleichzeitiger Rechnungslegung über den Überrest zu bewirken. Hiernach ist die Entscheidung des Berufungsrichters, soweit sie den Rücktritt der Kläger vom Vertrage für berechtigt erklärt, zutreffend. Aus der klägerischen Rücktrittsbefugnis aber folgt ohne weiteres, daß der vom Beklagten widerklagend geltend gemachte Anspruch auf Vertragserfüllung hinfällig ist, die Abweisung der Widerklage somit sich ebenfalls als gerechtfertigt erweist.

Dagegen konnte der Revision insoweit der Erfolg nicht versagt werden, als sie die prozessuale Unzulässigkeit der vom Berufungsrichter wegen des übrigen Streitstoffs ausgesprochenen Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz rügt. Wie das am Schluß der Urteilsgründe befindliche Citat des § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. unzweideutig ergiebt, ist der Berufungsrichter bei der Zurückverweisung von der Annahme ausgegangen, sein Urteil habe den Charakter einer Vorabentscheidung im Sinne des § 304. Nun erstreckt sich freilich die Befugnis des Gerichts zum Erlaß eines solchen Zwischenurteils unterschiedslos auf Ansprüche aller Art und setzt nur voraus, daß nach dem Gegenstande der Ansprüche von einem besonderen Streite über ihren Betrag und von einer Unterscheidung dieses Streites von demjenigen über den Anspruchsgrund die Rede sein kann.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 360.

An sich erscheint es danach nicht ausgeschlossen, auch bei Rückgewährsansprüchen, die sich aus dem wirksam erklärten Rücktritt von einem bereits durch Übergabe erfüllten Kaufvertrage ergeben, die er-

wähnte Form der Zwischenentscheidung zur Anwendung zu bringen. Prüft man aber im vorliegenden Falle die schließlichen Berufungsanträge der Kläger unter dem hervorgehobenen Gesichtspunkte, so ist ohne weiteres klar, daß die oben unter Nr. 1—3 wiedergegebenen Anträge eine Zerlegung der darin zum Ausdrucke gebrachten Ansprüche nach Grund und Betrag überhaupt nicht zulassen, die Möglichkeit einer derartigen Trennung vielmehr nur bei dem Antrage zu 4 gegeben ist. Bezüglich des letzteren entsteht dann die weitere Frage, ob nicht der Erlaß einer Vorabentscheidung in der Berufungsinstanz über den Anspruchsgrund und eine Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz wegen des Anspruchsbetrages sich hier aus einem anderen Grunde, nämlich deshalb verbietet, weil der Antrag erst in zweiter Instanz gestellt, der erste Richter also mit ihm gar nicht befaßt gewesen ist und es daher nach dem Wortlaut des § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. an der Voraussetzung für die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Zurückverweisung zu fehlen scheint. Indessen kann diesem Bedenken, auf das die Revision besonders hingewiesen hat, eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden. Unzweifelhaft handelt es sich bei dem Antrage zu 4, wie auch die Revision nicht verkennt, um eine nach § 529 Abs. 2 C.P.O. auch noch in der Berufungsinstanz zulässige Klagerweiterung im Sinne des § 268 Nr. 2 ebenda; es wird durch jenen Antrag der mit dem Antrage zu 3 geltend gemachte Rückgewährsanspruch nach einer bestimmten Richtung hin näher ausgestaltet, nämlich insofern, als für Vorräte und Inventarstücke, die mitzurückzugewähren sind, aber in Natur nicht mehr zurückgegeben werden können, Wertersatz in einer bestimmten Geldsumme gefordert wird. Erweiterungsansprüche aber haben keine selbständige Bedeutung, sondern werden von der Civilprozeßordnung als Bestandteile des Hauptanspruchs behandelt. Wie sie daher einerseits, wenn bei ihnen eine Scheidung von Grund und Betrag nicht möglich ist, unter § 537 C.P.O. fallen, d. h., obwohl über sie in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden ist, dennoch vom Berufungsrichter ihrem Gesamtinhalte nach zu erledigen sind, so muß andererseits insoweit, als sie für den Erlaß einer Vorabentscheidung Raum geben, die Vorschrift des § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. auf sie zur Anwendung gelangen, also, falls ihr Grund vom Berufungsrichter festgestellt wird, die Feststellung des Betrages der ersten Instanz zugewiesen werden. Belanglos erscheint

es dabei, ob der Hauptanspruch ebenfalls nach Grund und Betrag zerlegbar ist, oder, wie im vorliegenden Falle, einen unteilbaren Inhalt hat.

Hiernach durfte der Berufungsrichter, soweit die Anträge zu 1, 2, 3 in Betracht kamen, die Sache überhaupt nicht zurückverweisen. Umgekehrt war er hinsichtlich des Antrages zu 4, wenn er den darin geltend gemachten Anspruch seinem Grunde nach für gerechtfertigt ansah, zu einer solchen Zurückverweisung verpflichtet. Er hatte aber zuvor alle Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien, die sich auf den Anspruchsgrund bezogen, erschöpfend zu erledigen, sodaß die Frage des Betrages des von den Klägern für die veräußerten Vorräte und Inventarstücke verlangten Ersatzes als die einzige Streitfrage übrig blieb, deren Entscheidung durch den ersten Richter zu treffen war. Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil nicht gerecht." (Letzteres wird näher ausgeführt.)

---

12. Welche Rechtswirkung hat ein vor dem 1. Januar 1900 unter der Herrschaft des französischen Rechtes geschlossener Ehevertrag, in welchem die künftige Ehefrau den künftigen Ehemann in erbrechtlicher Hinsicht ihren Kindern aus einer früheren Ehe gleichgestellt hat, gegenüber der Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches, wonach der überlebende Ehegatte neben den Verwandten des vorverstorbenen Ehegatten als gesetzlicher Erbe des letzteren berufen ist?

Einf.-Ges. zum B.G.B. Artt. 213. 214.
Code civil Artt. 1094. 1156.
B.G.B. §§ 133. 1931. 2303. 2307.

IV. Civilsenat. Urt. v. 8. Juli 1901 i. S. K. (Kl.) w. J. u. Gen. (Bekl.). Rep. IV. 122/01.

I. Landgericht Aachen.
II. Oberlandesgericht Köln.

Am 5. Mai 1900 starb zu Aachen die Ehefrau des Klägers K., frühere Ehefrau J. Sie hinterließ aus ihrer früheren Ehe acht Kinder

bezw. Kindeskinder, die Beklagten. In einem zwischen ihr und dem Kläger am 18. Mai 1874 notariell geschlossenen Ehevertrage hatten die Brautleute inhalts der Artt. 4. 5 sich gegenseitig von Todes wegen bedacht. Insbesondere hatte in Art. 4 die Braut, damalige Witwe J., für den Fall ihres Vorabsterbens ihrem künftigen Ehegatten (Kläger) denjenigen Teil ihres Nachlasses, worüber ihr die Gesetze zu verfügen erlaubten, nämlich einen Kindesteil, geschenkt und vermacht, während in Art. 5 der Bräutigam für den Fall seines Vorabsterbens seiner künftigen Ehefrau seinen Anteil an der zwischen ihnen festgesetzten gesetzlichen Errungenschaft geschenkt und vermacht hatte.

Im jetzigen Rechtsstreite hat der Kläger gegen die Beklagten geltend gemacht, daß ihm an dem Nachlasse seiner vorab, jedoch erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verstorbenen Ehefrau nicht bloß der in Art. 4 des Ehevertrages ausgesetzte Kindeserbteil von $^1/_9$, sondern auch noch der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1931) dem überlebenden Gatten bestimmte Erbteil von $^1/_4$ zustehe, und den Klagantrag auf Feststellung dieses erbrechtlichen Beteiligungsverhältnisses gerichtet. Vom Landgerichte ist, entgegen dem Antrage der Beklagten, nach dem vollen Klagantrage erkannt, also auch der gesetzliche Erbteil von $^1/_4$ dem Kläger zugesprochen.

In der von den Beklagten beschrittenen Berufungsinstanz hat der Kläger eventuell die Feststellung beantragt, daß ihm am Nachlasse der Erblasserin das gesetzliche Erbrecht oder doch ein Anspruch auf $^1/_8$ zustehe. Die Beklagten haben zugegeben, daß der Kläger neben dem vertraglichen Erbteile von $^1/_9$ des Nachlasses mit Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 2303) noch Anspruch auf den Nachlaßwert bis zur Ergänzung jenes $^1/_9$ auf $^1/_8$ habe. Danach hat das Oberlandesgericht in dem jetzt angefochtenen Urteile erkannt:

daß dem Kläger am Nachlasse der Erblasserin $^1/_9$ und ein fernerer Anspruch an den Nachlaßwert von $^1/_{72}$ zustehe, wogegen er mit dem weitergehenden Antrage abgewiesen ist.

Die vom Kläger eingelegte Revision ist vom Reichsgerichte zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß es für die Entscheidung des Rechtsstreites wesentlich darauf ankomme, welchen Willen

die Erblasserin bei der in Art. 4 des Ehevertrages vom 18. Mai 1874 erklärten letztwilligen Zuwendung für den Kläger gehabt habe. Das Oberlandesgericht gelangt dann unter Würdigung des Inhaltes des Ehevertrages wie der begleitenden Umstände zu dem Ergebnis, daß der Wille der Erblasserin dahin gegangen sei, ihren künftigen Ehemann in betreff seiner Ansprüche an ihren dereinstigen Nachlaß lediglich ihren Kindern gleichzustellen, dergestalt, daß diese Ansprüche damit einfürallemal festgelegt würden, und der Kläger, sofern sie Kinder neben ihm hinterlasse, unter keinen Umständen mehr, als einen den Gesetzen zur Zeit der Vertragserrichtung entsprechenden Kindesteil erhalten sollte. Danach verwirft das Oberlandesgericht den prinzipalen Anspruch des Klägers darauf, daß ihm am Nachlasse der Erblasserin neben dem im Ehevertrage für ihn ausgesetzten Erbteile noch der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch dem überlebenden Ehegatten bestimmte Erbteil zukomme. Dagegen billigt es ihm in Gemäßheit seines zweiten Eventualantrages und der darauf bezüglichen Erklärung der Beklagten neben seinem ehevertraglichen Erbrechte noch auf Grund des Pflichtteilsrechts nach Bürgerlichem Gesetzbuch die in der Urteilsformel ausgesprochene Forderung auf den Geldwert des Nachlasses zu.

Diese Beurteilung ist von dem Revisionskläger in mehrfacher Hinsicht bekämpft worden. Die Angriffe erscheinen jedoch nicht begründet.

Der Streit der Parteien dreht sich wesentlich um die Frage, welche Rechtswirkung der in dem Ehevertrage vom 18. Mai 1874 seitens der Erblasserin zu Gunsten des Klägers getroffenen letztwilligen Verfügung gegenüber den erbrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zukommt, insbesondere darum, ob der Kläger aus dem Nachlasse der Erblasserin neben dem ihm in dem Ehevertrage ausgesetzten Erbteile oder doch statt desselben den nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch dem überlebenden Ehegatten zustehenden Erbteil beanspruchen darf.

Daß die in dem Ehevertrage enthaltene letztwillige Verfügung der Erblasserin in betreff des Klägers auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs als rechtsgültig anzusehen sei, nimmt das Oberlandesgericht offenbar stillschweigend an. Und diese Annahme läßt sich, entgegen der Revision, nicht beanstanden. Nach Art. 214

Einf.-Ges. zum B.G.B. ist die Errichtung des vorliegenden Ehevertrages nach den bisherigen Gesetzen, also nach dem französischen Rechte, zu beurteilen. Der Ehevertrag enthält wechselseitige letztwillige Zuwendungen der künftigen Eheleute, und stellt sich insoweit als Erbvertrag dar. Als solcher war er in der beobachteten notariellen Form gemäß der Ausnahmevorschrift des Art. 1094 Code civil rechtsgültig.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 325.

Der Einwurf der Revision, daß es sich bei der Zuwendung der Erblasserin an den Kläger im Hinblick auf die künftig etwa erfolgende Einführung eines gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten für den Kläger im Grunde um einen Erbverzicht gehandelt habe, erscheint abwegig. Übrigens würde der Ehe- und Erbvertrag auch im Sinne der §§ 2276. 2301 B.G.B. als zulässig und formgerecht sich ergeben.

Für die eigentliche Streitfrage nun, welche rechtliche Wirkung die in dem Ehevertrage vom 18. Mai 1874 gethätigte letztwillige Verfügung der Erblasserin für den Kläger im Verhältnis zu dem nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch dem überlebenden Ehegatten zustehenden Erbrechte hat, sind gemäß Art. 213 Einf.-Ges. zum B.G.B. dessen Vorschriften maßgebend. In dieser Beziehung ist vom Berufungsgericht nach obigem der Weg eingeschlagen, daß es auf Grund der Auslegungsregel des Bürgerlichen Gesetzbuchs § 133, welche mit derjenigen des Code civil Art. 1156 übereinstimmt, den Willen, welchen die Erblasserin bei Errichtung des Ehe- und Erbvertrages vom 18. Mai 1874 gehabt und nach Inhalt desselben zum Ausdruck gebracht, ermittelt und solchen der Entscheidung zu Grunde gelegt hat. Die Revision beanstandet diesen Standpunkt und unterstellt, daß in diesem Punkt eine Lücke im Bürgerlichen Gesetzbuch bestehe. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Es ist zuzugeben, daß einzelne Landesgesetzgebungen es für nötig erachtet haben, nach dieser Richtung eine Aushilfevorschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Gestalt einer Auslegungsregel zu geben. So schreibt Hessen in Art. 155 seines Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 17. Juli 1899 (Reg.-Bl. S. 133) für Fälle vorliegender Art vor, es sollte im Zweifel angenommen werden, daß der Wert des durch Verfügung von Todes wegen Zugewendeten auf den nach Bürgerlichem Gesetzbuch dem Bedachten zufallenden Erbteil anzurechnen sei. Andererseits bestimmen Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz in § 264

bez. § 261 ihrer Ausführungsverordnungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 9. April 1899 (Reg.-Bl. S. 57, Offiz. Anz. S. 85), es sei in ebensolchen Fällen im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser die letztwillige Verfügung auch bei Kenntnis der durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffenen Sachlage getroffen haben würde. Die Frage, ob diesen landesgesetzlichen Vorschriften gegenüber den Artt. 213. 218 Einf.-Ges. zum B.G.B. Rechtsverbindlichkeit zukommt (verneint von Habicht, 3. Aufl. S. 748, und von Lenel, in der Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und Französisches Civilrecht 1901 S. 220 flg.), kann vorliegend dahingestellt bleiben. Jedenfalls bedarf es für den jetzigen Rechtsfall einer derartigen Aushilfe nicht. Schon auf Grundlage der Artt. 213. 214 Einf.-Ges. zum B.G.B. ist zu dem vom Berufungsgericht gewonnenen Ergebnisse zu gelangen. Ist nämlich, wie oben dargelegt, die im Ehevertrage vom 18. Mai 1874 seitens der Erblasserin zu Gunsten des Klägers getroffene Verfügung von Todes wegen im Sinne des Art. 214 Einf.-Ges. zum B.G.B. ihrer Errichtung nach rechtsgültig, so muß man auch auf Grund des Art. 213 a. a. O. folgern, daß sie ihrer Wirkung nach ebenso zu beurteilen ist, als wenn sie unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs errichtet wäre. Nun steht aber nach Bürgerlichem Gesetzbuch (wie früher nach französischem Recht) einem Erblasser die Befugnis zu, die gesetzliche Erbfolge durch letztwillige Verfügung auszuschließen, abgesehen vom Pflichtteile (§ 2307 B.G.B.). Deshalb kommt es hier lediglich darauf an, im Wege der Auslegung des Ehevertrages vom 18. Mai 1874 unter Anwendung des § 133 B.G.B. (vgl. Art. 1156 Code civil) festzustellen, inwieweit die Erblasserin die Erbfolge in ihren Nachlaß dispositiv, und zwar insbesondere für ihren künftigen Ehemann, hat regeln wollen. Diesen Weg hat das Oberlandesgericht eingeschlagen. Es hat den bezüglichen Willen der Erblasserin aus dem Inhalt des Ehevertrages und aus den begleitenden Umständen ermittelt. Naturgemäß ist dabei lediglich der Wille zur Zeit der Errichtung des Ehevertrages berücksichtigt. In Bezug auf die begleitenden Umstände sind die Alters- und Vermögensverhältnisse der Brautleute, die vorhandene Nachkommenschaft der Braut aus früherer Ehe, wie das Verhältnis der gegenseitigen letztwilligen Zuwendungen der Brautleute in Betracht gezogen. Wenn danach das Oberlandesgericht zu dem

Ergebnis gelangt ist, daß der Wille der Erblasserin dahin gegangen sei, ihrem künftigen Ehemanne für den Fall, daß sie vorabstierbe und Kinder hinterlasse, unter allen Umständen lediglich einen Kindesteil zuzuwenden, so muß dies als rechtlich maßgebend gelten, und es ergab sich für das Berufungsgericht kein Anlaß, noch zu erwägen, inwiefern der Wille der Erblasserin etwa im Fall einer künftigen Gesetzesänderung hätte beeinflußt werden können. Eine abweichende Rechtslage würde sich nur unter der Voraussetzung herausstellen, daß der das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten aussprechende § 1931 B.G.B. zwingendes Recht enthielte. Diese Voraussetzung kann indes, soweit nicht der Pflichtteil in Frage kommt, als zutreffend nicht anerkannt werden. Auf einem im wesentlichen übereinstimmenden Standpunkte stehen das Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts zu Köln vom 28. Januar 1901 in Sachen K. wider K., der Beschluß des Oberlandesgerichts zu Colmar vom 13. Februar 1901, abgedruckt in der Juristischen Zeitschrift für Elsaß-Lothringen von 1901 S. 217, der Beschluß des Kammergerichts vom 4. März 1901, abgedruckt in der Zeitschrift des Rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins für 1901 S. 19, sowie Habicht (3. Aufl.) S. 748 flg. und Lenel, a. a. O. S. 228. Der Beschluß des bayerischen Obersten Landesgerichts vom 14. Dezember 1900, abgedruckt in der Sammlung Bd. 1 S. 710, hat einen abweichenden Rechtsfall zum Gegenstande." . . .

---

13. 1. Voraussetzungen des Anspruches wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

B.G.B. §§ 812. 814.

2. Umfang des Schadens, der deshalb zu ersetzen ist, weil der Ersatzpflichtige den Gegner durch arglistige Täuschung zum Abschlusse eines Vertrages gerade dieses Inhaltes bewogen hat.

B.G.B. § 252.

VI. Civilsenat. Urt. v. 11. Juli 1901 i. S. Sch. & Co. u. Gen. (Bekl. u. Widerkl.) w. H. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. VI. 151/01.

I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelssachen.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Beklagten haben zunächst gerügt, daß die Klagebehauptungen nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, die Anwendung des § 812 B.G.B. rechtfertigen, die Klage vielmehr überhaupt nicht gehörig substanziiert sei. Diese Rüge ist formell dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Beklagten in den Vorinstanzen die Berechtigung der Klage an sich nicht bestritten, sondern ihr nur eine Aufrechnung entgegengehalten haben. Auch kann man der Rüge sachlich nicht jeden Grund absprechen. Zur Begründung eines Anspruches wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach jenem § 812 gehört, wenn es sich um die Rückforderung einer Leistung des Klägers handelt, die Angabe, zu welchem Zwecke, in welchem Sinne diese gemacht worden sei, und inwiefern es demgegenüber objektiv an einem rechtlichen Grunde für diesen Erwerb des Beklagten fehle. Hier hat nun der Kläger nur vorgetragen, daß er „seinen Abnehmer" — die Beklagten haben dann erst als solchen die „Br. Kohlenwerke" bezeichnet — veranlaßt habe, „zur Begleichung des von ihm selbst den Beklagten geschuldeten Kaufpreises" diesen 1550 ℳ mehr zu zahlen, als sie von ihm an Kaufpreis zu fordern hatten. Das klingt zunächst so, als ob er auch diese 1550 ℳ „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit" (vgl. §§ 813. 814 B.G.B.) an die Beklagten hätte zahlen lassen; aber dann müßte er irrigerweise eine so weit reichende Verbindlichkeit unterstellt haben, und das ist nach seiner eigenen Darstellung völlig ausgeschlossen. Daher würde die Klage, als condictio indebiti gedacht, nach § 814 B.G.B. unzweifelhaft abzuweisen sein, und ist auch sicher nicht so gemeint; aber eben deshalb fehlt es ihr eigentlich überhaupt an jeder deutlichen Begründung. Das bloße Hingeben eines nicht geschuldeten Betrages kann für sich allein nicht als Begründung einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung dienen. Am nächsten liegt es noch, sich den Hergang so zu denken, daß nach dem Willen des Klägers die Beklagten die 1550 ℳ nur zu dem Zwecke erhalten sollten, um sie ihm wieder heraus zu zahlen. Wären dann die Beklagten hiermit einverstanden gewesen, so würden sie die 1550 ℳ allerdings nicht im Sinne des § 812 Abs. 1 B.G.B. ohne rechtlichen Grund erlangt haben, sondern auf Grund eines Auftrages im Sinne des § 662 daselbst, wären dann aber nach § 667 daselbst dem Kläger zur Herausgabe verpflichtet. Fehlte es dagegen

an dem Einverständnisse der Beklagten, während der Kläger wollte, daß sie ihm zur Herauszahlung verpflichtet sein sollten, so wäre nun der Fall des § 812 Abs. 1 B.G.B. gegeben, indem das vom Kläger als Rechtsgrund gewollte Auftragsverhältnis nicht zustande gekommen sein würde. Präcise Behauptungen sind vom Kläger in diesen Beziehungen nach keiner Richtung hin aufgestellt. Indessen konnte man allenfalls das eine und das andere alternativ als behauptet ansehen und daraufhin die Entscheidung, daß die Klage an sich begründet sei, nach § 563 C.P.O. aufrecht erhalten.

Das angefochtene Urteil mußte aber nichtsdestoweniger aufgehoben werden, da die Entscheidung über den zur Aufrechnung und zur Begründung der Widerklage benutzten Gegenanspruch von 3050 ℳ ... auf der Verletzung revisibler Rechtsnormen beruht. Dieser Gegenanspruch ist gerichtet auf Ersatz des Schadens, den die verklagte Handelsgesellschaft dadurch erlitten haben will, daß der Kläger sie bei den Vorverhandlungen über den hier in Rede stehenden Kaufvertrag arglistig getäuscht habe, indem er ihr unwahrerweise vorgespiegelt habe, er habe seiner Abnehmerin, den Br. Kohlenwerken, die Originalofferte der Beklagten mitteilen und zu dem von dieser ihm für die Kaufgegenstände abverlangten Preis von 32300 ℳ dieselben ohne Aufschlag an jene weiter verkaufen müssen, und er habe auch vergessen, sich von seiner Käuferin die Übernahme der Demontage und Verladungskosten auszubedingen. Der Schade soll bestehen in den 1550 ℳ, um welche die Beklagte zu 1 sich hierdurch an den Kläger billiger zu verkaufen habe bewegen lassen, und in den 1500 ℳ Demontage- und Verladungskosten, deren Tragung sie infolge der letzteren Mitteilung selbst übernommen habe. Daß hiermit der Schadensersatzanspruch in rechtlich schlüssiger Weise begründet war, kann nach § 826 B.G.B., sowie nach § 823 Abs. 2 daselbst in Verbindung mit § 263 St.G.B., und etwa auch nach § 157 B.G.B. keinem Zweifel unterliegen. Das Berufungsgericht hat aber den Anspruch in thatsächlicher Beziehung für unbegründet erklärt, insofern durch den behaupteten Betrug des Klägers der Beklagten deshalb jedenfalls kein Schade entstanden sein würde, weil auch ohne denselben das Kaufgeschäft zwischen den Parteien doch zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen sein würde, und hat daher eine Feststellung darüber, ob die arglistige Täuschung wirklich stattgefunden habe, als

überflüssig unterlassen. Diese Begründung der angefochtenen Entscheidung ist rechtlich unhaltbar."

(Es werden nun prozessuale Verstöße dargelegt, derentwegen die Aufhebung des Berufungsurteiles erfolgen müsse. Dann heißt es weiter:)

„Es scheint der Entscheidung des Kammergerichts eine Verkennung des Begriffes des Schadens zu Grunde zu liegen, um dessen Ersatz es sich handelt. Das Berufungsgericht legt darauf Gewicht, daß der von der Beklagten erzielte Preis ein angemessener gewesen sei, mit dem sie nach den vorliegenden Umständen ganz zufrieden habe sein können und auch zufrieden gewesen sei. Damit wäre dann allerdings festgestellt, daß ihr ein positiver Vermögensverlust nicht widerfahren sei; aber darauf allein kommt es hier auch nicht an. Nach § 252 B.G.B. umfaßt der zu ersetzende Schade auch den entgangenen Gewinn, hier also eventuell den Betrag, um welchen die Beklagte die Waren noch vorteilhafter verkauft haben würde, wenn sie nicht vom Kläger arglistig getäuscht worden wäre. Es kommt also eventuell noch auf die Feststellung an, was in dieser Beziehung geschehen sein würde, wenn die Beklagte sich durch die vom Kläger bewirkte Täuschung nicht hätte bestimmen lassen, so, wie geschehen, mit ihm das Kaufgeschäft abzuschließen. Die Annahme im angefochtenen Urteile, daß auch dann dasselbe geschehen sein würde, entbehrt, wie gezeigt, einer rechtlich haltbaren Begründung.

Aus diesen Erwägungen war nach § 564 Abs. 1 C.P.O. das Berufungsurteil aufzuheben." . . .

---

14. 1. Unter welchen Voraussetzungen findet bei Konkurrenz eines Wortzeichens mit einem aus dem gleichen Worte und einem Bilde bestehenden Kombinationszeichen § 12 des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 gegen den Inhaber des Kombinationszeichens Anwendung?

2. Erstreckt sich gegenüber dem Wortzeichen der Schutz aus dem Kombinationszeichen auch auf den Gebrauch einzelner Bestandteile desselben oder einer Kombination der Klanglaute des im Zeichen enthaltenen Wortes und des Wortes, das dem im Zeichen enthaltenen Bilde entspricht?

II. Civilsenat. Urt. v. 12. Juli 1901 i. S. L. & E. (Kl.) w. S. (Bekl.). Rep. II. 186/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf Anmeldung vom 15. Dezember 1882 wurde unter der Herrschaft des Gesetzes über Markenschutz vom 30. November 1874 bei der Registerbehörde in Leipzig für Schmieröle zu Gunsten der Firma L. & E. zu London das später auf die jetzt klagende Firma L. & E. zu New-York umgeschriebene Warenzeichen Nr. 3036 eingetragen, das aus einer halbmondartigen Figur mit dem querdurchgeschriebenen Worte Valvoline besteht (Mondmarke); dieses Warenzeichen ist nach Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 in die Zeichenrolle des Patentamtes am 31. Mai 1895 unter Nr. 4484 eingetragen worden.

Auf Anmeldung vom 14. Juni 1888 wurde ferner unter der Herrschaft des Gesetzes vom 30. November 1874 bei der Registerbehörde in Leipzig gleichfalls für Schmieröle zu Gunsten der Klägerin mit der Nr. 4321 als Zeichen das Wort Valvoline in einer eigentümlich gezierten und charakteristischen Schrift eingetragen; von dem Patentamte zu Berlin wurde am 9. März 1897 unter Nr. 22664 für die Klägerin das Wort Valvoline in die Zeichenrolle eingetragen, und zwar gemäß der Anmeldung vom $\frac{\text{12. November 1894}}{\text{14. Juni 1888}}$, welches letztere Datum auf die früher unter Nr. 4321 eingetragene Wortmarke der Klägerin hinweist.

Zu Gunsten der Beklagten war auf Anmeldung vom 14. April 1886 unter der Herrschaft des Gesetzes vom 30. November 1874 für Mineralschmieröl bei der Registerbehörde zu Hamburg ein Warenzeichen eingetragen worden, das aus einer ovalen Einschließung besteht, welche einen (einen kleinen Schild mit den Buchstaben F. S. in den Klauen tragenden) Adler mit dem darüber stehenden Worte Valvoline enthält (Adlermarke); dieses Warenzeichen wurde nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 12. Mai 1894 unter Nr. 1057 am 6. März 1895 in die Zeichenrolle des Patentamtes eingetragen.

Klägerin fand eine Verletzung ihrer Warenzeichen, insbesondere des Wortzeichens Valvoline, darin, daß Beklagte auf dem Kopfe ihrer Fakturen und eines Cirkulares sowie in Inseraten unter der Abbildung

ihrer Adlermarke den gedruckten Vermerk „Valvoline Extra-Cylinderöl Adlermarke“ in verschiedenartiger Ausführung und Zusammenstellung angebracht, auch Inserate mit letzterem Vermerke ohne Abbildung ihrer Adlermarke veröffentlicht und in ihren Offertbriefen die von ihr angebotene Ware als Valvoline Maschinenöl Adlermarke oder Valvoline Cylinderöl Adlermarke bezeichnet habe. Ihr Antrag ging dahin, der Beklagten diese Zuwiderhandlungen gegen die Zeichenrechte der Klägerin zu untersagen. Die Vordergerichte haben die Klage abgewiesen; die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Die Vorderrichter sind mit Recht davon ausgegangen, daß der Rechtsgrund des Begehrens der Klägerin nur in § 12 des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 liege, und daß die Entscheidung davon abhänge, ob die Beklagte sich eines nach § 12 und § 20 jenes Gesetzes zu beurteilenden Eingriffes in die Zeichenrechte der Klägerin schuldig gemacht habe. Bei Prüfung dieser Frage waren nach Sachlage folgende Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen.

Die Eintragungen unter der Herrschaft des Gesetzes über Markenschutz vom 30. November 1874 hatten weder der Klägerin noch der Beklagten einen Schutz für den Klanglaut des angeblichen Schlagwortes Valvoline gewährt; der Gebrauch dieses Schlagwortes als Klanglaut stand bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 12. Mai 1894 jedermann frei. Lediglich durch die Übertragung der unter der Herrschaft des Gesetzes vom 30. November 1874 eingetragenen Marken in die Zeichenrolle des Patentamtes haben dieselben auch für den Klanglaut jenes Wortes Schutz erlangt. Dieser Schutz ist nach den Grundsätzen des Gesetzes vom 12. Mai 1894 zu beurteilen. Der dadurch begründete Schutz des das Wort Valvoline mit dem Bilde eines Adlers enthaltenden Warenzeichens der Beklagten gegenüber dem jüngeren reinen Wortzeichen Valvoline der Klägerin hätte in doppelter Richtung erheblich sein können. Ob zunächst die Beklagte die Löschung des letzteren Zeichens nach § 9 Abs. 1 Ziff. 1 jenes Gesetzes hätte begehren können auf Grund des Nachweises einer Verwechselungsgefahr im Verkehre, ist in dem vorliegenden Rechtsstreite nicht zu erörtern, weil ein solches Begehren nicht erhoben ist, vor Löschung aber dessen Voraussetzungen, auch wenn sie vorlägen, nicht

die Grundlage einer Einwendung abzugeben geeignet wären. Anderseits kann die Klägerin in einem nach dem Warenzeichenrechte geschützten Gebrauche des Kombinationszeichens der Beklagten, solange dieses eingetragen ist, nicht eine Verletzung ihres Wortzeichens finden. Dieser letztere Gesichtspunkt kommt hier in Betracht. Gleiches gilt von dem Verhältnisse des älteren Kombinationszeichens der Klägerin — der Mondmarke — zu dem jüngeren Kombinationszeichen der Beklagten mit der hier nicht weiter erheblichen Modifikation, daß ein Löschungsbegehren nach § 9 Abs. 1 Ziff. 1 a. a. O. in dem durch Urteil des Reichsgerichtes vom 5. April 1898 entschiedenen Rechtsstreite geltend gemacht und dort abgewiesen worden ist. Gegen den nach Warenzeichenrecht geschützten Gebrauch des Zeichens der Beklagten könnte deshalb die Klägerin mit einer Klage aus § 12 nicht aufkommen.

Der nach Warenzeichenrecht geschützte Gebrauch eines aus Wort — Valvoline — und Bild — Adler — kombinierten Zeichens besteht jedoch nur in dem Gebrauche jener Kombination; der Gebrauch eines einzelnen Bestandteiles — hier des Wortes Valvoline — oder auch der Gebrauch des kombinierten Klanglautes — gebildet aus dem Klanglaute des Wortes, das dem im Zeichen enthaltenen Bilde entspricht, und dem Klanglaute des im Zeichen enthaltenen Wortes — Adler-Valvoline oder Valvoline-Adler mit oder ohne Beisatz des Wortes „Marke“ ist nicht ein nach Warenzeichenrecht geschützter. In dem hier allein in Betracht kommenden Verhältnisse gegenüber anderen noch eingetragenen Zeichen ist nur geschützt die Kombination, nicht der einzelne Bestandteil; geschützt ist ferner diesem gegenüber nur die Kombination von Wort und Bild, wie sie eingetragen ist, nicht auch die oben dargelegte Kombination des Wortes und des Klanglautes für die Bezeichnung des Bildes. Wenn deshalb die Beklagte nur das Wort Valvoline oder eine der obigen Wortkombination gleiche oder ähnliche Wortbildnng zeichenmäßig gebraucht hätte, so würde ihr aus ihrem Kombinationszeichen nicht der oben dargelegte, eine Rechtsverletzung nach § 12 ausschließende Schutz gegenüber dem Wortzeichen der Klägerin und auch gegenüber deren Kombinationszeichen zustehen.

Der Schutz eines Warenzeichens erstreckt sich aber nur auf dessen Gebrauch als Warenzeichen. Ist ein Klanglaut geschützt, so hat

der Zeichenberechtigte nicht ein absolutes Verbotsrecht gegenüber dem Gebrauche des jenem Klanglaute entsprechenden Wortes im geschäftlichen Verkehre; er hat jenes Verbotsrecht nur gegenüber dessen warenzeichenmäßigem Gebrauch im Umfange der §§ 12 und 20 des Gesetzes vom 12. Mai 1894. Die Klägerin hätte danach aus ihrem hier in erster Reihe in Betracht kommenden Wortzeichen Valvoline ein Verbotsrecht wegen Verletzung ihres Warenzeichens gegen die Beklagte aus der Benutzung des Wortes Valvoline nur dann, wenn dieser Gebrauch nicht ein nach Warenzeichenrecht geschützter Gebrauch der Adlermarke im Sinne der obigen Ausführungen gewesen, und der Gebrauch ferner in einer Weise geschehen wäre, daß dritte Personen im geschäftlichen Verkehre in den Glauben versetzt werden könnten, die danach angekündigte oder in den Verkehr gesetzte Ware solle warenzeichenmäßig lediglich mit dem Worte Valvoline bezeichnet werden oder bezeichnet sein. Der gedachte Schutz greift aber nicht Platz, wenn der Gebrauch des erwähnten Wortes in seinem übrigen Zusammenhange in den beteiligten Verkehrskreisen nur den Erfolg haben konnte, damit entweder lediglich die Benennung einer Ware — hier von Maschinenölen — zu vermitteln, oder die Vorstellung an das eigene Warenzeichen der Beklagten — die Adlermarke — hervorzurufen.

Die Entscheidung über die Revision hängt davon ab, ob der Berufungsrichter in seiner Urteilsbegründung diese zuletzt bezeichneten, für die gegebene Sachlage entscheidenden rechtlichen Gesichtspunkte zureichend berücksichtigt hat. Dies war aber zu bejahen." ...

---

15. Sind die Bestimmungen der § 561 Abs. 2. § 581 Abs. 2 B.G.B. auf die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Pfandrechte des Vermieters und Verpächters anzuwenden?

III. Civilsenat. Urt. v. 12. Juli 1901 i. S. S. (Bekl.) w. H. (Kl.). Rep. III. 176/01.

I. Landgericht Greifswald.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Aus den Gründen:

„Die Beklagten hatten ihr Gut O. an den Kläger für die Zeit von Johannis 1882 bis dahin 1900 verpachtet. Als der Kläger beabsichtigte mit Ende der Pachtzeit abzuziehen, um eine neue Pachtung anzutreten, widersprachen die Beklagten der Entfernung seines Mobiliars und Inventars vom Pachtgute, indem sie behaupteten, Ersatzansprüche aus dem Pachtverhältnisse an ihn zu haben, und sich auf das ihnen im § 15 des Pachtvertrages eingeräumte Pfand- und Retentionsrecht beriefen.

Der Kläger erwirkte nunmehr eine einstweilige Verfügung des Amtgerichts zu B. vom 15. Juni 1900, durch welche ihm der Abzug unter Mitnahme aller seiner beweglichen Sachen, seines lebenden und toten Inventars gestattet wurde. Diese einstweilige Verfügung ist von dem Gerichte der Hauptsache durch Urteil vom 24. September 1900 bestätigt, und die Berufung der Beklagten im angefochtenen Urteile des Oberlandesgerichts vom 26. März 1901 zurückgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, nach dem § 15 des Pachtvertrages habe den Beklagten das in Anspruch genommene Pfand- und Retentionsrecht zugestanden, sodaß ihnen für Forderungen aus dem Pachtverhältnisse das Inventar des Klägers verhaftet gewesen sei. Es sei jedoch nicht erforderlich, den Betrag dieser Forderungen und den Wert des entfernten Inventars festzustellen oder zu prüfen, inwieweit die Beklagten schon gesichert seien, da bei Erlaß des Urteils das Pfandrecht der Beklagten bereits erloschen gewesen sei, und danach die getroffene einstweilige Verfügung jedenfalls jetzt gerechtfertigt erscheine. In den §§ 560. 561 B.G.B. sei das Erlöschen des Verpächterpfandrechts neu geregelt, und sei das Pfandrecht der Beklagten untergegangen, da sie ihren Widerspruch gegen die Entfernung der Pfandsachen nicht binnen einem Monat gegen den Pächter gerichtlich geltend gemacht hätten. Die Vorschriften der §§ 560. 561 B.G.B. seien auch auf die schon vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Pfandrechte anzuwenden. Ein direkter Anhalt hierfür ergebe sich aus dem Art. 189 Einf.-Ges., und dessen Art. 184 stehe dem nicht entgegen.

Für die Entscheidung über die Revision ist zunächst die Frage von maßgebender Bedeutung, ob das Erlöschen des beklagtischen Pfandrechts nach altem, oder nach neuem Recht zu beurteilen ist, da

die Angriffe der Revision gegen die Auslegung der erwähnten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die weiteren Ausführungen des Berufungsurteils nur dann der Nachprüfung bedürfen, wenn das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf den vorliegenden Rechtsfall anzuwenden ist.

Das letztere ist, abweichend von der Vorentscheidung, zu verneinen. Der Pachtvertrag ist nach altem Recht für eine festbestimmte Zeit geschlossen, welche bis in die Geltungszeit des neuen Rechts reicht, und eine frühere Kündigung des Pachtvertrages war vor dessen Beendigung Johannis 1900 nicht möglich. Gemäß Art. 171 Einf.-Ges. zum B.G.B. ist daher das ganze Pachtverhältnis nach altem Recht, hier nach gemeinem Recht, zu beurteilen. Indem der Art. 171 von Miet-, Pacht- und Dienstverhältnissen spricht, giebt er zu erkennen, daß das ganze Rechtsverhältnis umfaßt sein soll, also nicht nur die Rechtsbeziehungen der Kontrahenten während bestehenden Vertrages, sondern auch die sich aus dessen Auflösung ergebenden Ansprüche. In gleichem Sinne sprechen auch die Motive zum Art. 104 des Entwurfs des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Pacht- und Mietverhältnissen, indem sie darauf hinweisen, daß die Rechte und Pflichten, die aus einer Veräußerung des Mietobjekts folgen, der besonderen Regelung bedürfen. Zum Miet- oder Pfandverhältnis gehört auch das Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters, und die Frage, wie das Pfandrecht erlischt, und wie lange es geltend gemacht werden kann, betrifft unmittelbar den Inhalt und den Umfang dieses Rechtes selbst. Die Frage, wie dieses Pfandrecht erlischt, ist daher gemäß Art. 171 nach altem oder nach neuem Recht zu beurteilen, je nachdem dieses oder jenes Recht auf das ganze Miet- oder Pachtverhältnis überhaupt Anwendung findet. Zu einer abweichenden Beurteilung kann auch nicht die Erwägung führen, daß die neue Vorschrift des § 561 Abs. 2 B.G.B. im Interesse der Verkehrssicherheit getroffen ist, da aus diesem Zwecke des Gesetzes nicht dessen rückwirkende Kraft für Rechtsverhältnisse abgeleitet werden kann, für welche nach den Vorschriften des Einführungsgesetzes das alte Recht bei Bestand geblieben ist. Hätte der § 561 Abs. 2 B.G.B. auch auf diese Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden sollen, so hätte es einer besonderen Rechtsnorm bedurft. Auch die Motive zum § 521 des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2 S. 408 ergeben keinen

Anhalt dafür, daß mit den neuen Vorschriften auch die bestehenden Miet- und Pachtverhältnisse alsbald getroffen sein sollten. Die hier reprobierte Annahme, daß die §§ 560—562 B.G.B. auch auf früher entstandene Pfandrechte anzuwenden seien, ist vertreten von Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 3. Aufl. S. 270 und Note 3, und durch den Hinweis auf Art. 184 Einf.-Ges. zum B.G.B. begründet. Indessen der Art. 184 bestimmt nur, daß Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht schon vor dem 1. Januar 1900 belastet war, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen bleiben, soweit nicht besondere Ausnahmen in den Artt. 192—195 vorgesehen sind. Ein Rückschluß auf das Gegenteil für das Erlöschen dinglicher Rechte kann aus dieser Bestimmung nicht gezogen werden.

Ebensowenig kommt der vom Berufungsgerichte in Bezug genommenene Art. 189 Einf.-Ges. zum B.G.B. hier in Betracht. Das Recht der Mobilien und der Immobilien ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein so durchgreifend verschiedenes, daß ein allgemeiner Rückschluß von dem einen auf das andere nicht zulässig ist. Insbesondere ist aus dem Art. 189, welcher sich nur auf Immobiliarrechte und das Grundbuch bezieht, für die Grundsätze, nach welchen Pfandrechte an Mobilien untergehen, kein Schluß zu ziehen.

Hiernach ist für die Entscheidung allein das gemeine Recht maßgebend, nach welchem das Pfandrecht der Beklagten noch fortbesteht." ...

---

16. Kann derjenige, der, ohne in einem Börsenregister eingetragen zu sein, durch einen Kommissionär Börsentermingeschäfte für seine Rechnung abschließt, die Vorschüsse von dem Kommissionär zurückfordern, die er demselben auf dessen Verlangen zur Zahlung an den Kontrahenten des Kommissionärs gegeben hat, auch wenn der Kommissionär sie an seine Kontrahenten abgeführt hat?

Börsengesetz §§ 48. 66. 68.

I. Civilsenat. Urt. v. 13. Juli 1901 i. S. K. (Kl.) w. S. (Bekl.). Rep. I. 65/01.

I. Landgericht Bremen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Im Auftrage des Klägers kaufte der Beklagte für dessen Rechnung im eigenen Namen laut Schlußscheins vom 24. Februar 1899 von H., C. & Co. in New-York durch deren Agenten in Hamburg, G. & Co., 500 bags Rio-Kaffee, lieferbar November in New-York, und verkaufte ebenso laut Schlußscheins vom 12. März 1899 an H., C. & Co. 500 bags, lieferbar Dezember in New-York. Als H., C. & Co. durch G. & Co. vom Beklagten Einschuß auf das erste Geschäft forderten, verlangte der Beklagte am 25. Februar 1899 den Betrag von 1000 ℳ und am 6. März 1899 den Betrag von 500 ℳ vom Kläger, erhielt die Beträge, quittierte darüber als für Rechnung von H., C. & Co. und führte die Beträge an G. & Co. ab. Ebenso erhielt der Beklagte am 15. Oktober 1898 auf ein früheres Geschäft vom Kläger 1000 ℳ für Rechnung G. & Co., bezw. H., C. & Co.

Die Geschäfte vom 24. Februar und 11. März 1899 wurden durch Gegengeschäfte im Oktober 1899 gelöst und ergaben das erste einen Verlust von 3087,70 ℳ, das zweite einen Gewinn von 1142,55 ℳ für den Kläger.

Mit Klage vom 4. Mai 1900 forderte der Kläger vom Beklagten Rückzahlung der an denselben gezahlten Einschüsse in Höhe von 1600 ℳ. Gestützt wurde die Klage auf die Behauptung, es habe sich nur um reine Differenzgeschäfte gehandelt, und die Ausführung, der Beklagte habe entweder mit dem Kläger, oder für dessen Rechnung als Kommissionär gespielt, und müsse deshalb die als Sicherheit erhaltenen Gelder herausgeben, auch wenn er sie an H., C. & Co. abgeführt, von denen er Vollmacht zur Einziehung nicht gehabt habe, da er sie für seine Rechnung abgeführt habe.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und, widerklagend, festzustellen, daß dem Kläger ein Anspruch gegen den Beklagten nicht zustehe.

Der erste Richter wies durch Urteil vom 4. Juli 1900 die Klage ab und erkannte nach der Widerklage. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „In der Sache selbst ist festgestellt und nicht angefochten, daß der Beklagte die fraglichen Geschäfte im eigenen Namen, aber für Rechnung des Klägers in dessen Auftrage durch G. & Co. mit H., C. & Co. abgeschlossen und die Beträge, deren Rückzahlung verlangt wird, vom Kläger als margins zur Abführung an H., C. & Co. erhalten, auch an die Vertreter von H., C. & Co., die Firma G. & Co. in Bremen, für H., C. & Co. bezahlt hat. Der Berufungsrichter weist die Klage auf Rückzahlung dieser Beträge ab, weil der Kläger nicht kondizieren könne, was er dem Beklagten nicht für ihn, sondern mit dem Auftrage zur Verwendung gegeben, und was der Beklagte auftragsmäßig verwendet habe, auch wenn die Geschäfte, die der Beklagte als Kommissionär des Klägers mit H., C. & Co. geschlossen, reine Differenzgeschäfte gewesen seien.

Die Revision rügt, daß dadurch die Grundsätze über das Differenzgeschäft verletzt seien. Ob dies zutrifft, kann auf sich beruhen. Das Berufungsurteil muß aufgehoben werden, weil der Berufungsrichter die sich nach dem Inhalt der beigebrachten Schlußscheine aufdrängende, von Amts wegen zu prüfende Frage außer acht gelassen hat, ob die vom Beklagten für den Kläger mit H., C. & Co. über börsenmäßige Ware nach Börsenusance geschlossenen und in New-York börsenmäßig zu erfüllenden Geschäfte nicht Börsentermingeschäfte im Sinne der §§ 48. 66. 68 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 sind. Sind sie als solche anzusehen, und sind die Parteien, worüber zu verhandeln, und was festzustellen, im Börsenregister nicht eingetragen, so unterliegt die Klage einer anderen Beurteilung, als ihr bisher zu teil geworden ist, und diese Beurteilung führt zu einem von dem angefochtenen Urteil abweichenden Ergebnis.

Nach § 66 des Börsengesetzes wird durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für den nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen sind, ein Schuldverhältnis nicht begründet. Dasselbe gilt von der Erteilung und Übernahme von Aufträgen zum Abschlusse solcher Geschäfte. Die rechtliche Folge ist, daß Erteilung und Übernahme des Auftrages auf beiden Seiten weder Recht noch Pflicht erzeugt, keine Klage auf Erfüllung oder auf das Interesse wegen Nichterfüllung, weder Klage auf Provision, noch auf Ersatz von Auslagen. Nach

Abs. 4 des § 66 findet nur eine Rückforderung dessen nicht statt, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist. Was im Falle des Abs. 2 des § 66 der Auftragerteiler dem Auftragübernehmer vor der Entscheidung über das Geschäft und vor dessen Abwicklung als Vorschuß, Sicherheit oder sonst zahlt, unterliegt nach der klaren Vorschrift des Gesetzes der Rückforderung. Ob diese Rückforderung gegen den Auftragübernehmer auch dann gerichtet werden kann, wenn er das, was er zur Abführung an den Gegenkontrahenten des Auftragserteilers erhalten, an diesen im Namen des Auftragerteilers abgeführt hat, weil er das Geschäft im Namen des Auftragerteilers abgeschlossen hat, braucht nicht entschieden zu werden. In diesem Falle würde in Frage kommen, ob nicht der Dritte als der Empfänger anzusehen, nicht der Auftragempfänger, der nur für den Dritten empfangen hat, ob deshalb die Rückforderung nicht gegen den Dritten als den Empfänger zu richten. Aber dieser Fall liegt nicht vor. Der Beklagte hat die Geschäfte mit H., C. & Co. im eigenen Namen geschlossen. Waren diese Geschäfte Börsentermingeschäfte und die Parteien oder eine derselben nicht in einem Börsenregister eingetragen, war deshalb der Auftrag des Klägers, sie für seine Rechnung zu schließen, nach § 66 Abs. 2 des Börsengesetzes ohne rechtliche Wirkung, so muß der Beklagte die im eigenen Namen geschlossenen Geschäfte auch als Geschäfte, die für seine Rechnung geschlossen, gelten lassen. Denn der Beklagte wußte oder mußte doch wissen, daß der Auftrag ihn nicht berechtigte und nicht verpflichtete. Ist aus den vom Beklagten geschlossenen Geschäften ein Anspruch in New-York geltend zu machen, so kann er nur von dem Beklagten geltend gemacht werden. Hätten die Geschäfte mit Gewinn abgeschlossen, so würde nur der Beklagte berechtigt gewesen sein, den Anspruch auf diesen Gewinn gegen H., C. & Co. zu erheben und zu verfolgen, da dem Kläger gegen ihn keinerlei Anspruch aus dem Auftrage, dessen Übernahme und Ausführung zusteht. In diesem Falle wäre völlig klar, daß der Beklagte die an ihn vom Kläger gezahlten und an H., C. & Co. abgeführten margins als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben müßte; denn er hätte sie mit dem Gewinne des Geschäfts wieder erhalten und in Händen. Rechtlich steht die Sache dadurch nicht anders, daß die Geschäfte mit Verlust abgeschlossen haben. Ist

nur der Beklagte berechtigt, den Gewinn aus den Geschäften zu fordern, so muß auch der Beklagte allein den Verlust der Geschäfte tragen, die nicht nur in seinem Namen geschlossen sind, sondern auch rechtlich als für seine Rechnung geschlossen zu gelten haben. Wollte man dies nicht annehmen, so würde der Kommissionär immer in der Lage sein, den Gewinn des Geschäfts zu behalten, den Verlust auf den Kommittenten abzuwälzen.

Rechtlich folgt daraus mit Notwendigkeit weiter, daß in solchem Falle der Kommissionär dem Anspruch auf Rückzahlung der ihm gezahlten margins mit Grund weder die Einrede der Arglist, noch die Einrede entgegensetzen kann, er sei nicht mehr bereichert, weil er nicht mehr in Händen habe, was er zur Abführung an den anderen Kontrahenten erhalten und an denselben abgeführt habe.

Hat der Kommittent in solchem Falle keinen Anspruch aus dem vom Kommissionär geschlossenen Geschäft, so entspricht es nicht nur den Abs. 2 und 4 des § 66 des Börsengesetzes, sondern es ist auch gerecht und billig, daß der Kommissionär zurückzahlen muß, was er vom Kommittenten auf das Geschäft erhalten hat, das allein zu seinem Vorteil und zu seinen Lasten geht. Was der Kommittent als margin an den Kommissionär zahlt, zahlt er in Wahrheit dem Kommissionär, um den Anspruch des Kommissionärs aus dem Geschäft zu erhalten, oder eine künftige Schuld des Kommissionärs zu decken. In Wahrheit ist also der Kommissionär der Empfänger, nicht dessen Kontrahent. Der Kommissionär kann gar nicht daran denken, daß der Kommittent nicht zurückfordern werde, was er in Wahrheit nicht für sich, sondern ohne Rechtsgrund für den Kommissionär gezahlt hat. Das kann sich anders gestalten, und ein anderes Ergebnis kann begründet sein, wenn der Kommissionär nur eine vorgeschobene Person ist, durch die das Börsengeschäft gemacht werden soll, z. B. wenn der Herr durch seinen Diener solche Geschäfte macht. Aber davon ist hier nicht die Rede, wo der Beklagte ein gewerbsmäßiger Kommissionär ist, der nach der Behauptung in der Klage den Kläger, einen Privatmann und früheren Restaurateur, zu dem ihm ganz fern liegenden Kaffeegeschäfte an der New-Yorker Börse verleitet haben und Agent oder Schlepper für solche Geschäfte, die offensichtlich nur dem Börsenspiel dienen können, sein soll.

Hiernach muß der Beklagte, wenn der § 66 Nr. 8 Abs. 1 des

Börsengesetzes zur Anwendung kommt, das auf Grund des nichtigen Auftrages Erhaltene als ohne Rechtsgrund erhalten zurückgewähren. Eine Einrede der Zurückhaltung steht dem Beklagten nicht zu; denn er selbst hat dem Kläger nichts geleistet, was dieser zurückzuleisten oder wegen dessen er den Beklagten sonst zu befriedigen hätte. Es leuchtet ein, daß, wenn zu diesem Ergebnis nicht zu gelangen wäre, das Börsengesetz auch hier sein Ziel verfehlt hätte. Der inländische Kommissionär brauchte sich nur in ein Börsenregister eintragen zu lassen, um für Rechnung des der Börse fernstehenden Privatpublikums, das von den Börsengeschäften fern gehalten werden soll, bei einiger Vorsicht ohne eigenes Risiko im Auslande oder auch an inländischen Börsen spekulieren zu können, wenn das, was ihm vor Abwicklung des Geschäfts geleistet, als durch ihn einem Anderen, seinem Mitkontrahenten, geleistet zu gelten hätte. Denn von diesem könnte, wenn er im Auslande domiziliert oder im Inlande in ein Börsenregister eingetragen wäre, das Geleistete nicht kondiziert werden, und dem Privatpublikum wäre das Spiel an der Börse wiederum im weitesten Maße eröffnet.

Das Berufungsurteil hat hiernach aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden müssen."

---

17. Kann, wenn auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteiles vor dem 1. Januar 1900 geleistet, das Urteil sodann aber in der höheren Instanz aufgehoben worden ist, der verurteilt Gewesene ohne weitere Voraussetzung neben der Rückerstattung Ersatz des ihm durch jene Beitreibung in der Zeit vom 1. Januar 1900 an entstandenen Schadens, insbesondere Zinsen, nach Maßgabe des § 717 Abs. 2 C.P.O. n. F. fordern?

VI. Civilsenat. Urt. v. 16. September 1901 i. S. U. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. VI. 164/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Es war nach dem 1. Januar 1900 auf Rückzahlung eines Geldbetrages geklagt, den die Beklagte vor dem Jahre 1900 auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Berufungsurteils, das sodann in der Revisionsinstanz aufgehoben worden war, vom Kläger beigetrieben hatte. Der Kläger hatte Zinsen vom Tage der Zahlung an mitgefordert. Diese wurden, als das Berufungsgericht in der Hauptsache zu Gunsten des Klägers erkannte, ihm für die Zeit vom 1. Januar 1900 an in Höhe von 4 Prozent jährlich mit zugesprochen, während der Zinsanspruch im übrigen abgewiesen wurde. Die Beklagte legte Revision ein. Diese ist vom Reichsgerichte zurückgewiesen worden, in Ansehung des Zinsenpunktes aus den folgenden

Gründen:

... „Es steht noch in Frage, ob die Verurteilung der Beklagten zur Entrichtung von Zinsen für die Zeit seit dem 1. Januar 1900 gerechtfertigt ist. Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß für die frühere Zeit nach dem damals geltenden Rechte eine Verpflichtung der jetzigen Beklagten zur Erstattung von Zinsen sich nur unter der Voraussetzung eines ihr zur Last fallenden Verschuldens begründen lassen würde, nimmt aber an, daß für die Zeit der Geltung der neuen Gesetzgebung die Bestimmung des § 717 Abs. 2 C.P.O. n. F., wonach im Falle der Aufhebung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils der Kläger schlechtweg dem Beklagten zum Schadensersatze verpflichtet ist, hier deswegen Anwendung zu finden habe, weil für den Anspruch auf Schadensersatz die zur Zeit seiner Geltendmachung bestehenden Gesetzesvorschriften maßgebend seien. Ob dem letzteren Satze zugestimmt werden könnte, kann dahingestellt bleiben; denn jedenfalls ist es richtig, die Rechtsfolgen, welche eine neue Gesetzgebung an eine sich hinterher als materiell unberechtigt herausstellende vorläufige Vollstreckung zum Nachteile des Klägers knüpft, auch dann eintreten zu lassen, wenn letzterer unter der Herrschaft des neuen Gesetzes den durch die schon vorher vorgenommene Beitreibung herbeigeführten prozessualen Zustand auch nur aufrecht zu halten fortfährt. Daß aber der Schadensersatz ohne weiteres in vierprozentigen Zinsen gefunden worden ist, beruht auf einer gerechtfertigten entsprechenden Anwendung des § 288 B.G.B. Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Entscheidung, ob etwa auch schon nach früherem Rechte der Zins-

anspruch in Wirklichkeit ohne weiteres (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 418 und Bd. 21 S. 405) begründet gewesen wäre." . . .

---

18. 1. Inwiefern sind die Vorschriften der Landesgesetze über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Gerichte durch die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich geändert?

2. Was versteht der § 7 Nr. 6 Gew.O. unter „Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden", und unter den „an den Staat und die Gemeinde zu entrichtenden Gewerbesteuern"?

Gew.O. §§ 1. 7 Nr. 6. § 9 Abs. 1.

VII. Civilsenat. Urt. v. 17. September 1901 i. S. L. (Kl.) w. C. (Bekl.). Rep. VII. 189/01.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Konsumverein für L. und Umgegend (Kl.) ist eine eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Er hat seinen Sitz in L., wo sich auch seine Hauptniederlassung befindet. Im Bezirk der verklagten Gemeinde hat er nach und nach vier Zweigniederlassungen errichtet. Auf Grund eines von der Beklagten erlassenen Regulativs, laut dessen Großbetriebe, die im Detailgeschäfte Lebensmittel, Genußmittel u. dgl. verkaufen, neben der in der Gemeinde eingeführten Einkommensteuer zu einer Umsatzsteuer heranzuziehen sind, ist von dem Kläger ein am 16. September 1898 fälliger Betrag von 2220,50 ℳ erfordert. Kläger hat denselben unter Vorbehalt des Rechtes der Rückforderung bezahlt und beansprucht jetzt die Rückerstattung, indem er geltend macht, die Steuer stehe in Widerspruch mit der Landesverfassung des Königreichs Sachsen und mit der revidierten Landgemeindeordnung, verstoße auch gegen die Bestimmungen der Gewerbeordnung; denn sie falle nicht unter den Begriff der Gewerbesteuer, sondern unter den der Abgaben für den Betrieb eines Gewerbes im Sinne des § 7 Nr. 6 Gew.O. Beklagte hat diese Ausführungen bekämpft. Die Klage ist abgewiesen, und die vom

Kläger eingelegte Berufung erfolglos geblieben. Auch die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

(In denselben wird zuerst einer Bemerkung der Revision gegenüber dargelegt, wenn auch die Formel des Urteils der ersten Instanz auf Abweisung der Klage laute, so sei doch nach den Entscheidungsgründen der Urteile beider Instanzen die Zulässigkeit des Rechtsweges im ganzen Umfange der Klage mit der alleinigen, dem § 9 Abs. 1 Gew.O. entsprechenden Einschränkung verneint, und nur im Bereiche der obengenannten Vorschriften die Klage als materiell unbegründet abgewiesen. Alsdann lauten die Gründe weiter folgendermaßen:)

„Soweit die Annahmen des Berufungsrichters die sächsischen Landesgesetze betreffen, sind sie nach § 549 C.P.O. der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen; im übrigen aber lassen sie einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Das Erstere gilt von der Ausführung, über die Angriffe, welche sich auf die Landesverfassung und die revidierte Landgemeindeordnung stützen, sei von den Justizbehörden nicht zu entscheiden, es handele sich dabei um eine Irrung über Verhältnisse des öffentlichen Rechtes, über welche nach den Bestimmungen des sächsischen Gesetzes über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden vom 28. Januar 1835 die Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben, speciell um einen Streit über die Verbindlichkeit zu Kommunalabgaben; § 8 Nr. 2 des genannten Gesetzes. Von der Revision wird betont, nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Staatsrechtes und feststehender Rechtsprechung bestimme sich die Zulässigkeit des Rechtsweges nach dem erhobenen Anspruche, hier der Rückforderung einer zu Unrecht erhobenen Steuer. Wenn es aber in den Gründen des Berufungsurteils heißt, die Streitsache habe dadurch, daß der Kläger sich auch auf die privatrechtlichen Grundsätze über die Leistung einer Nichtschuld berufe, den öffentlichrechtlichen Charakter nicht verloren, ihr Schwerpunkt liege immerhin auf dem Gebiete des kommunalen Besteuerungsrechtes, und wenn hier wieder das Gesetz vom 28. Januar 1835 in Bezug genommen wird, so ergiebt sich, daß die Ausschließung des Rechtsweges gerade auch für den Rückforderungsanspruch auf das sächsische Landesrecht hat gestützt werden sollen. Die Revision weist ferner darauf hin, daß die zuständige Verwaltungsbehörde es abgelehnt habe, die Sache für die

Verwaltung in Anspruch zu nehmen; in den Vorinstanzen ist jedoch eine Behauptung, daß nach dem Landesrecht infolgedavon die Zuständigkeit der Gerichte auch für die sonst grundsätzlich derselben entzogene Frage entstehe, oder daß die Erklärung für die Gerichte prozessual bindend sei, nicht aufgestellt, würde sich auch, falls hier ein Revisionsangriff zulässig sein sollte, nicht begründen lassen.

Keinen Rechtsirrtum aber zeigt die Annahme des Berufungsgerichtes, daß auch diejenigen Angriffe gegen das Regulativ, denen der Vorwurf einer Verletzung der Grundsätze der Reichs-Gewerbeordnung über die Gewerbefreiheit zu Grunde liegt, der Entscheidung der Gerichte nicht unterworfen sind. Eine Vorschrift, kraft deren in allen die Bestimmungen der Gewerbeordnung betreffenden Streitigkeiten die Gerichte zu entscheiden hätten, ist in der Gewerbeordnung nicht getroffen; nur in einzelnen speciellen Vorschriften, wie gerade im § 9, findet sich die Zuständigkeit der Gerichte angeordnet. Aus dem in Art. 2 der Verfassung für das Deutsche Reich ausgesprochenen Grundsatze, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, folgt zwar die Unverbindlichkeit einer jeden mit dem Reichsrecht in Widerspruch tretenden Norm, welche das Landesgesetz oder eine kraft Landesgesetzes zum Erlaß von normierenden Vorschriften befugte Behörde festsetzt, allein der Grundsatz schließt nicht zugleich die Garantien für seine Durchführung in sich, sondern diese sind teils anderen Vorschriften der Reichsverfassung, teils der staatsrechtlichen Stellung des Reiches zu den Bundesstaaten, sowie der Verfassung und dem Ressortrecht der letzteren zu entnehmen. Über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges entscheidet daher, abgesehen von den speciellen Vorschriften der Reichsgesetze, das örtlich anwendbare Landesrecht. Wenn in einem Gesetze wie dem vom 28. Januar 1835 bestimmt ist, daß in Fällen von Streitigkeiten über Verhältnisse des öffentlichen Rechtes die Verwaltungsbehörden entscheiden, und wenn dies speciell auch für die Frage der Rechtsgültigkeit von Steuerregulativen und für Ansprüche auf Rückerstattung von Steuern aus dem Gesichtspunkte ihrer Unzulässigkeit gilt, so läßt sich auch kein Unterschied danach rechtfertigen, ob die Frage lediglich auf dem Boden des Landesrechtes liegt, oder ob die Vorschriften der Reichs-Gewerbeordnung eingreifen; auch im letzteren Falle bleibt die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden erhalten. Die Wahrung der Grundsätze des Reichsrechtes gegenüber der Landesgesetz-

gebung gehört in dieser Richtung einem anderen, hier nicht zu berührenden Gebiete an. Ein Privatrecht aber, auf Grund dessen gegen Steueraufl agen Schutz gesucht werden könnte, entfließt dem Grundsatze der Gewerbefreiheit nicht. In der Rechtsprechung des Reichsgerichtes ist bereits anerkannt,

Urteil vom 1. Mai 1899, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 9 S. 390,

daß für eine Klage auf Rückzahlung einer gegen ein Mitglied eines ärztlichen Bezirksvereins wegen Verletzung einer Vorschrift der Standesordnung erkannten Strafe, mit welcher Klage ein Widerspruch der Bestimmungen der Standesordnung gegen die §§ 1. 144 Abs. 2. §§ 80. 72 der Reichs-Gewerbeordnung behauptet wurde, die Zulässigkeit des Rechtsweges aus den Vorschriften der Gewerbeordnung nicht hergeleitet werden könne.

Von der Revision ist noch darauf hingewiesen, daß der Berufungsrichter unentschieden läßt, ob der Kläger überhaupt zu den Gewerbetreibenden gehört. Müßte dies aber verneint werden, so würde die Folge nur die sein können, daß über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges lediglich die sächsischen Landesgesetze entscheiden, welche ihn für die Frage der Rechtmäßigkeit einer Steuer ausschließen.

Aus dieser Lage der Sache ergiebt sich, daß die eventuellen, außerhalb des Bereiches des § 9 Gew.O. liegenden materiellrechtlichen Erörterungen des Berufungsrichters einer Prüfung nicht zu unterziehen sind, auf die sie betreffenden Revisionsangriffe also nicht einzugehen ist. Außer Betracht bleibt deshalb die Ausführung der Revision, jede ungleichmäßige Besteuerung der Gewerbe gleicher Art, wie sie hier angenommen werden müsse, sei eine Erschwerung des Gewerbebetriebes der davon Betroffenen, also eine Hemmung ihres freien Wettbewerbes mit den Nichtbetroffenen. Dasselbe gilt von den den Umfang des Regulativs auf Seite der Verpflichteten berührenden Angriffen.

Die im Rahmen des § 9 Gew.O. liegenden materiellrechtlichen Erwägungen des Berufungsrichters, welche der Nachprüfung zu unterziehen sind, zeigen einen Rechtsirrtum nicht. Der Berufungsrichter nimmt an, daß die durch das Regulativ eingeführte öffentliche Abgabe nicht eine „für die Zulassung zum Gewerbebetriebe zu entrichtende Abgabe", sondern eine echte Gewerbesteuer darstelle, und daß ihre Auferlegung deshalb mit der Bestimmung in § 7 Nr. 6 Gew.O. nicht im

Widerspruch stehe. Dies ist zutreffend. Das wesentliche Merkmal einer Steuer, daß sie einen Beitrag zur Bestreitung der öffentlichen Abgaben bildet und kraft staatlichen Besteuerungsrechtes den diesem aus irgend einem Grunde unterworfenen Personen auferlegt wird, ist bei der durch das Regulativ eingeführten öffentlichen Abgabe erfüllt. Das Regulativ stellt inhaltlich auch eine Normvorschrift dar, es unterwirft der Belastung alle diejenigen, bei denen gegenwärtig und in Zukunft der die Voraussetzungen der Steuer bildende Thatbestand gegeben ist; speciell als eine Gewerbesteuer aber erscheint die Steuer, weil sie an den Betrieb eines Gewerbes geknüpft ist. Entrichtet wird sie an die Gemeinde. Der Versuch des Klägers, den Charakter der Abgabe als der einer Steuer mit der Ausführung zu beseitigen, daß nach der eigenen Angabe der Beklagten der Schutz der kleinen Gewerbtreibenden gegen die übermächtige Konkurrenz der Großbetriebe den Zweck der Abgabe bilde, und daß thatsächlich jedenfalls der socialpolitische Zweck in erster Linie stehe, der finanzielle, wenn ein solcher überhaupt vorhanden sei, zurücktrete, trägt in den Begriff der Steuer, wenigstens im Sinne der geltenden Reichs- und Landesgesetze, ein ihm fremdes negatives Erfordernis hinein. Die Absicht eines finanziellen Ergebnisses der oben bezeichneten Art, eines Beitrages zu den öffentlichen Ausgaben, kann auch beim Vorhandensein socialpolitischer Zwecke der Steuer nicht in Abrede gestellt werden; die zu erhebenden Beträge fließen in die Kasse, finden die gleiche Verwendung wie die übrigen öffentlichen Einnahmen und sollen dieselbe auch finden. Anderweite Ziele des Gesetzgebers können auch als Zwecke der Steuer betrachtet werden; aber gerade die Steuer in ihrem begrifflichen Charakter bildet das Mittel für deren Verfolgung, sie hört deshalb nicht auf, Steuer zu sein. Faßt man, wie es geboten ist, die öffentlichen Steuern als eine Gesamtheit, als ein System auf, so fallen solche Zwecke vielfach mit den Gründen für die Art der Verteilung der Lasten unter die mehreren Steuerpflichtigen zusammen. Wie hier neben der gegenwärtigen finanziellen Leistungsfähigkeit auch andere Momente in Frage kommen, z. B. die Notwendigkeit, gewisse wirtschaftliche Existenzen zu schützen, sei es in Rücksicht auf die Erhaltung einer Klasse von Steuerzahlern für die Zukunft, sei es aus sonstigen Gründen des öffentlichen Wohles, so können diese für die Verteilung der Lasten maßgebenden Gründe auch die Bedeutung des Zweckes

einer Steuerauflage annehmen; allein eine aus solchen Motiven hervorgehende neue Steuer, welcher der stets auch gewollte Erfolg bleibt, neue Mittel zu schaffen, die für neu entstehende öffentliche Ausgaben oder zur Erleichterung anderer steuerpflichtiger Klassen verwendet werden können, wird dadurch in ihrem Charakter als öffentliche Steuer nicht beeinträchtigt. Nicht als solche würde eine Abgabe zu betrachten sein, wenn sie „für den Betrieb eines Gewerbes" in dem Sinne erhoben würde, daß zwischen der Zulassung zum Gewerbebetriebe und der Entrichtung der Abgabe ein Gegenseitigkeitsverhältnis bestände; allein ein solches findet, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, hier keineswegs statt. Das Regulativ wollte und konnte den Beginn oder den Fortbetrieb des Gewerbes nicht von der Entrichtung der Abgabe abhängig machen; es ordnet vielmehr eine Steuer von dem thatsächlich stattfindenden Betriebe an. Gerade ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis aber ist in der Rechtsprechung zu dem vorbildlich gewesenen § 3 preuß. Allg. Gew.O. vom 17. Januar 1845 und sodann zu § 7 Nr. 6 Gew.O. als vom Gesetzgeber gewollt angesehen; diejenigen Abgaben, bei denen es stattfindet, sollen aufgehoben sein und nicht neu eingeführt werden dürfen.

Vgl. Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 14 S. 104. 133. 134, Bd. 28 S. 433; Urteile des Reichsgerichtes in Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden Bd. 3 S. 1, Bd. 4 S. 385, Bd. 7 S. 356.

Würde indessen auch der Vorschrift in § 7 Nr. 6 Gew.O. ein weiterer Umfang gegeben werden müssen, und zwar der, daß grundsätzlich alle Abgaben von Gewerben, auch solche steuerlicher Art, beseitigt werden sollen, so müßte dann doch der Vorbehalt im Eingange der Nr. 6 hier eingreifen; er ordnete dann eine Ausnahme in der Richtung an, daß diejenigen Gewerbesteuern, die an den Staat und die Gemeinde zu entrichten sind, gewahrt bleiben, während die etwa an andere Korporationen oder einzelne von Gewerben zu entrichtende Abgaben jeder Art zu beseitigen sind; um eine an die Gemeinde zu entrichtende Gewerbesteuer aber handelt es sich hier eben. — Sollte die Revision ihrem oben schon berührten, auf den Mangel einer gleichmäßigen Abstufung der Steuer nach dem Ertrage fußenden Angriffe auch für die hier interessierende Frage Bedeutung beimessen wollen,

so würde das fehlgehen; von einem solchen Gesichtspunkte aus kann die rechtliche Natur der Abgabe als einer kommunalen Gewerbesteuer nicht mit Grund bestritten werden."

---

19. 1. Kann dadurch allein, daß der Kläger die Erfüllung der streitigen Verpflichtung an einem bestimmten Orte verlangt, die Zuständigkeit des Gerichtes dieses Ortes gemäß § 29 C.P.O. begründet werden?

2. Wo ist mangels besonderer Abrede bei Gattungskäufen die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme zu erfüllen? Wird insbesondere für den Käufer eine Verpflichtung, die Ware an dem Wohnsitze oder dem Niederlassungsorte des Verkäufers abzunehmen, dadurch begründet, daß letzterer die Ware an seinem Wohnsitze oder seinem Niederlassungsorte zu übergeben hat, oder dadurch, daß die Ware bereits dem Käufer übersandt, aber nicht angenommen, sondern zurückgesandt worden ist und sich demgemäß wieder im Gewahrsam des Verkäufers befindet?

C.P.O. § 29.
B.G.B. §§ 433 Abs. 2. 269 Abss. 1 u. 2.

II. Civilsenat. Urt. v. 24. September 1901 i. S. G. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. II. 191/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die in Berlin domizilierte Klägerin hatte im Jahre 1900 an den in Elberfeld wohnhaften Beklagten eine Anzahl von Kleidern verkauft und von Berlin nach Elberfeld übersandt. Der Beklagte nahm einen Teil dieser Waren wegen angeblich verspäteter Lieferung nicht an und sandte ihn an die Klägerin nach Berlin zurück, welche die zurückgesandten Waren für den Beklagten in Besitz nahm. Die Klägerin erhob sodann im November 1900 bei dem Landgerichte I Berlin Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, von der Klägerin die letzteren Waren zu Berlin abzunehmen.

Der Beklagte wendete die Unzuständigkeit des Gerichts ein, indem er geltend machte: dadurch, daß er nach der Behauptung der Klägerin im Annahmeverzug sei, daß die Klägerin daraufhin die Ware wieder in Besitz genommen habe und nur Abnahme derselben verlange, werde der Erfüllungsort für seine streitige Verpflichtung, welcher der Ort seiner gewerblichen Niederlassung sei, nicht geändert. Die Klägerin suchte dagegen die Zuständigkeit des Landgerichts I Berlin damit zu begründen, daß sie infolge der Zurücksendung der Ware Besitz von derselben ergriffen habe und also an dem Orte klagen könne, an dem sich die abzunehmende Ware befände und auch der Beklagte seine Abnahmepflicht zu erfüllen habe.

Abweichend von dem Landgerichte, wies das Berufungsgericht die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes ab. Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Revision war der Erfolg zu versagen.

Dieselbe macht zunächst geltend, daß die Zuständigkeit des Landgerichts zu Berlin für die gegenwärtige Klage gemäß § 29 C.P.O. sich schon aus dem in derselben gestellten Antrage, — den Beklagten zu verurteilen, die fraglichen Waren von der Klägerin zu Berlin abzunehmen, — ergebe. Dieser Umstand kann aber nicht als entscheidend für die nach § 29 a. a. O. maßgebende Frage angesehen werden, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Wenn auch durch den klägerischen Antrag im allgemeinen bestimmt wird, welche Verpflichtung als die streitige anzusehen ist, so kann doch die Klagepartei dadurch allein, daß sie die Erfüllung der streitigen Verpflichtung an einem bestimmten Orte verlangt, nicht nach ihrem Belieben die Zuständigkeit des Gerichts dieses Orts gemäß § 29 C.P.O. begründen. Vielmehr kommt es für die Frage, an welchem Orte der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gegeben ist, darauf an, wo die den Gegenstand der Klage bildende Verpflichtung an sich nach dem materiellen Rechte zu erfüllen ist, sofern nicht die Vereinbarung eines anderen Erfüllungsorts in der Klage behauptet ist. Da das Letztere im gegebenen Falle nicht zutrifft, so hängt die Entscheidung nur von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, wo die im § 433 Abs. 2 B.G.B. neben der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises besonders festgesetzte und im gegenwärtigen Prozesse allein geltend gemachte Ver-

pflichtung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, ihrer rechtlichen Natur nach zu erfüllen ist. Maßgebend hierfür sind in Ermangelung besonderer handelsrechtlicher Vorschriften lediglich die Bestimmungen des § 269 Abss. 1 und 2 B.G.B. Hiernach hat eine vertragliche Leistung, also auch die Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Kaufvertrage, an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hatte, sofern nicht ein anderer Ort für die Leistung bestimmt oder aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist. Da, wie schon bemerkt, im gegebenen Falle eine ausdrückliche Verabredung der Parteien darüber, wo der Beklagte die fraglichen Waren abzunehmen habe, nicht behauptet worden ist, kommt also nur in Frage, ob etwa aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des den Gegenstand bildenden Schuldverhältnisses, sich ein anderer als der regelmäßige Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung des Beklagten ergiebt, namentlich, ob etwa die Thatsachen, daß die abzunehmenden Waren bereits von der Klägerin dem Beklagten übersandt, aber von letzterem nicht angenommen, sondern der Klägerin zurückgeschickt worden sind und sich zur Zeit wieder im Gewahrsam der Klägerin zu Berlin sich befinden, eine Verpflichtung des Beklagten begründen, dieselben in Berlin abzunehmen. Dieses ist zu verneinen. Es handelt sich auch gegenwärtig lediglich um die durch den ursprünglichen Vertrag begründete Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme der gekauften Waren, wie sie in § 433 Abs. 2 B.G.B. vorgesehen ist; denn der klageweise geltend gemachte Anspruch stützt sich im wesentlichen auf die Behauptung, daß der Beklagte die streitigen Waren von der Klägerin gekauft, seine von Anfang an bestehende Verpflichtung aus diesem Kaufvertrage, die Ware abzunehmen, aber nicht erfüllt habe und daher zu deren nachträglicher Erfüllung verpflichtet sei. Durch die weiteren klägerischen Behauptungen, daß der Beklagte die Annahme der ihm schon früher übersandten Waren ohne Grund verweigert und dieselben der Vorschrift des § 379 H.G.B. zuwider an die Klägerin zurückgeschickt habe, wird ein anderer selbständiger Klagegrund und ein anderer Klaganspruch nicht geltend gemacht; denn aus dem aus diesen weiteren Klagebehauptungen etwa zu folgernden Annahmeverzuge des Beklagten würde höchstens herzuleiten sein, daß derselbe

der Klägerin den durch seinen Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen habe (§ 304 B.B.G.), und daß die Klägerin berechtigt sei, mit der streitigen Ware gemäß § 373 H.G.B. oder § 383 B.G.B. zu verfahren, was sie aber nach ihrem nur auf Abnahme der Ware gerichteten Klagantrage im gegenwärtigen Prozesse nicht geltend macht. Durch diese nachträglich entstandenen accessorischen Rechte der Klägerin wird aber an der den Gegenstand der Klage bildenden ursprünglichen Abnahmeverpflichtung des Beklagten und an dem für dieselbe einmal begründeten Erfüllungsorte nichts geändert.

Es fragt sich daher nur, wo die ursprünglich begründete Abnahmeverpflichtung des Beklagten ihrer Natur nach zu erfüllen ist. In dieser Hinsicht aber ist nach § 269 Abs. 1 und 2 B.G.B. die zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandene Sachlage maßgebend. Das fragliche Kaufgeschäft hat nicht individuell bestimmte, sondern nur ihrer Gattung nach bestimmte Waren zum Gegenstande, bezüglich deren nicht einmal von der Klägerin behauptet ist, daß sie zur Zeit des Verkaufes schon vorhanden oder im Besitze der Klägerin zu Berlin gewesen sind. Es erscheint aber unbedenklich, bei Gattungskäufen gemäß § 269 B.G.B. anzunehmen, daß der Käufer die ihm obliegende Abnahmepflicht in der Regel an dem Orte zu erfüllen hat, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hatte; denn gerade die zu dieser Zeit vorhandene individuelle Unbestimmtheit des Kaufgegenstandes schließt die Annahme aus, daß etwa mit Rücksicht auf den letzteren, der bei der Erfüllung der Abnahmeverpflichtung des Käufers hauptsächlich in Betracht kommt, aus der Natur des Schuldverhältnisses ein anderer Ort für die Erfüllung dieser Verpflichtung zu entnehmen sei. Anderseits wird bei einer Verschiedenheit des Wohnsitzes bezw. des Ortes der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers und des Käufers für letzteren eine Verpflichtung, die Ware an dem Wohnsitze oder dem Niederlassungsorte des Verkäufers abzunehmen, nicht dadurch begründet, daß der Verkäufer gemäß § 269 B.G.B. die ihm nach § 433 Abs. 1 B.G.B. obliegende Übergabe der Ware in der Regel, wenigstens bei Gattungskäufen, an seinem Wohnsitze oder Niederlassungsorte zu bethätigen hat; denn hieraus ist nicht ein gemeinsamer Erfüllungsort für das ganze Vertragsverhältnis herzuleiten (vgl. § 269 B.G.B.).

Vielmehr kann bei der Verschiedenheit der dem einen und dem anderen der Vertragschließenden obliegenden Leistungen der Erfüllungsort für beide auch verschieden sein. Insbesondere fällt bei Distanzkäufen, wie ein solcher hier in Frage steht, die dem Käufer obliegende Abnahme der Ware örtlich nicht notwendig mit der Übergabe der Ware seitens des Verkäufers zusammen. Der letzteren Verpflichtung genügt der Verkäufer in der Regel dadurch, daß er die Ware an seinem Wohnsitze oder Niederlassungsorte einem Transportunternehmer behufs Übermittelung an den Käufer übergiebt (vgl. § 447 B.G.B.), während der Käufer sie erst nach ihrer Ankunft am Bestimmungsorte bei der in der Regel an *seinem* Wohnsitze oder gewerblichen Niederlassungsorte erfolgenden Ablieferung abzunehmen hat.

Vgl. Urteil des I. Civilsenats des Reichsgerichts vom 18. November 1899 in Gruchot's Beiträgen Bd. 44 S. 1153.

Hiernach ist also im gegebenen Falle Elberfeld, wo die streitige Ware an den dort wohnenden und eine gewerbliche Niederlassung besitzenden Beklagten abzuliefern und somit von ihm *abzunehmen* ist, nicht aber Berlin als Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung desselben anzusehen. Dieses Ergebnis ist auch allein als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend zu erachten; denn wenn bei Gattungskäufen die Verpflichtung des Käufers, die Sache abzunehmen, stets am Wohnsitze oder Niederlassungsorte des Verkäufers oder da, wo die von diesem zur Lieferung bestimmte Ware sich gerade zur Zeit der Klage befindet, zu erfüllen wäre, so würde die Anwendung der in § 269 B.G.B. aufgestellten *Regel*, daß der Schuldner an seinem Wohnsitze oder Niederlassungsorte zu erfüllen hat, übermäßig beschränkt, und in letzterem Falle überdies eine große Unsicherheit über den Erfüllungsort und über den Gerichtsstand des § 29 C.P.O. gegeben sein. Es ist insbesondere nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber für die beiden in § 433 Abs. 2 B.G.B. bestimmten Verpflichtungen des Käufers, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, bei welch ersterer doch in der Regel nur der Wohnsitz oder Niederlassungsort des Käufers als Erfüllungsort in Betracht kommt, einen verschiedenartigen Erfüllungsort habe festsetzen und so dem *nur* auf Abnahme der Ware und nicht auf Zahlung des Kaufpreises klagenden Verkäufer die Möglichkeit habe gewähren

wollen, nach seinem Belieben den Käufer bei einem anderen Gerichte als demjenigen seines Wohnsitzes oder Niederlassungsortes zu belangen." . . .

---

20. Ist die Bestimmung des Statutes einer Aktiengesellschaft gültig, daß der Aktionär ausgeschlossen werden kann, insbesondere wenn er aufhört, Mitglied des Bundes der Landwirte zu sein, und daß er in diesem Falle seine Aktien gegen Zahlung des Nominalbetrages an einen ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen muß?

Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch Artt. 207. 209. 219. 184 flg. 225d. 244. 245d.

Deutsches Handelsgesetzbuch §§ 211. 212. 178. 180. 218—221. 227. 288. 291.

I. Civilsenat. Urt. v. 25. September 1901 i. S. Aktiengesellschaft Deutsche Tageszeitung (Bekl.) w. Th. (Kl.). Rep. I. 142/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die verklagte Aktiengesellschaft wurde zum Betriebe einer Druckerei, zum Verlage von Zeitungen, Zeitschriften und Büchern sowie zur Vornahme aller hierauf bezüglichen Geschäfte errichtet. Der § 5 des ursprünglichen Statutes bestimmte, daß nur Mitglieder des Bundes der Landwirte Aktien zeichnen können, und band die Übertragung der Aktien an die Einwilligung des Aufsichtsrates und der Generalversammlung. Der § 15 des alten und der § 14 des neuen Statutes bestimmen, daß jeder Aktionär durch Beschluß der Generalversammlung in der Weise ausgeschlossen werden könne, daß ihm der Nominalbetrag ausgezahlt werde; der Aktionär soll in diesem Falle verpflichtet sein, seine Aktien an den Dritten zu übertragen, den ihm der Aufsichtsrat und die Generalversammlung bezeichnen; das Recht der Ausschließung soll der Generalversammlung insbesondere dann zustehen, wenn der Aktionär aufhört, Mitglied des Bundes der Landwirte zu sein.

Der Kläger war seit 1891 als Eigentümer von 5 Aktien im Aktienbuche der Gesellschaft eingetragen, wurde aber durch Beschluß der Generalversammlung vom 23. März 1900, nachdem er 1896 aus

dem Bunde der Landwirte ausgetreten, aus der Aktiengesellschaft ausgeschlossen, weil er gegen die Interessen der Gesellschaft gehandelt habe. Der Kläger wurde dahin klagbar, daß der Beschluß für nichtig erklärt werde. Die Klage wurde darauf gestützt, daß der § 14 (15) des Statutes rechtsungültig sei, weil er dem Aktionär andere als die in §§ 211. 212 H.G.B. zugelassenen Verpflichtungen auferlege, dem Kläger unbekannt gewesen und in dem vom Kläger ausgeschriebenen Zeichnungsscheine nicht enthalten gewesen sei.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Der erste Richter wies die Klage ab; auf Berufung des Klägers wurde aber das erste Urteil abgeändert, und der Beschluß der Generalversammlung vom 23. März 1901 auf Ausschließung des Klägers für nichtig erklärt.

Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter gelangt zur Abweisung der Klage durch die Erwägung, daß der § 14 der Statuten ungültig sei, weil nach dem Wesen der Aktiengesellschaft und den §§ 211. 212 H.G.B. vom 10. Mai 1897 dem Kläger eine Leistung, wie sie die Verpflichtung, Mitglied des Bundes der Landwirte zu sein, darstelle, mit rechtlicher Wirkung nicht habe auferlegt werden können, noch weniger der Verlust des Aktienrechtes an die Nichterfüllung dieser Leistung habe geknüpft oder von dem willkürlichen Ermessen der Gesellschaft oder einem gewissen persönlichen Verhalten des Klägers habe abhängig gemacht werden dürfen.

Die Verpflichtung des Klägers als Aktionärs, Mitglied des Bundes der Landwirte zu sein, zu den Leistungen für die Zwecke der Gesellschaft im Sinne des Art. 219 des alten und der §§ 211. 212 des neuen Handelsgesetzbuches zu rechnen, ist bedenklich. Als Leistungen in diesem Sinne sind nur vermögensrechtliche Leistungen in Geld oder anderer Art zu denken. Die §§ 5 und 15 des alten Statutes setzten auch die Zugehörigkeit eines Aktionärs zum Bunde der Landwirte wortdeutlich nicht als Inhalt einer Leistung des Aktionärs, sondern als Voraussetzung für die Zeichnung von Aktien und als Resolutivbedingung für die Aktionäreigenschaft fest. Auch der § 14 des neuen Statutes besagt nichts anderes, wenn er der Generalversammlung das Recht der Ausschließung des Aktionärs für den Fall giebt, daß derselbe aufhört, Mitglied des Bundes der Landwirte zu sein, und damit

die einer Strafe gleichkommende Verpflichtung des Aktionärs verknüpft, seine Aktien gegen Auszahlung des Nominalbetrages einem ihm zu bezeichnenden Dritten zu übertragen.

Im Ergebnisse ist dem Berufungsrichter aber beizustimmen. Der § 14 des Statutes ist ungültig und rechtsunverbindlich, weil er dem Gesetze und dem Wesen der Aktiengesellschaft widerspricht.

Daß dies jedenfalls insoweit zutrifft, als der § 14 besagt, daß die Generalversammlung jeden Aktionär nach ihrem Ermessen und ohne Gründe ausschließen und seines Aktienrechtes verlustig erklären könne, zieht die Revision nicht in Zweifel.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 21 S. 84.

Sie macht nur geltend, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei der Aktiengesellschaft, wie bei jeder Gesellschaft, durch den Gesellschaftsvertrag, wie der Eintritt in die Gesellschaft so auch die Ausstoßung aus der Gesellschaft, an das Vorhandensein oder den Fortfall einer bestimmten Thatsache müsse geknüpft werden dürfen. Gegenüber dem gesetzlich festgelegten Wesen der Aktiengesellschaft ist dies aber nicht richtig.

Das Wesen der Aktiengesellschaft besteht nach Artt. 207. 219 des alten wie nach den §§ 178. 211. 212 des neuen Handelsgesetzbuches in der Vereinigung von Vermögen oder vermögensrechtlichen Leistungen zu den Zwecken der Gesellschaft. Der Zweck der Gesellschaft kann ein eigennütziger der Aktionäre oder ein gemeinnütziger sein (Art. 207a Abs. 2 des alten, § 180 Abs. 2 des neuen H.G.B.), aber immer nur ein Zweck, der durch Vermögen oder vermögensrechtliche Leistungen erreicht werden kann. Denn nach dem Begriffe der Aktiengesellschaft, wie das Gesetz sie gestaltet hat, erschöpft sich die Verpflichtung des Aktionärs in vermögensrechtlichen Leistungen. Die Person des Aktionärs, seine persönliche Leistung, seine persönliche Qualifikation tritt ganz zurück; nicht die Person zählt, sondern die Aktie, die vermögensrechtliche Beteiligung. Auf die Vereinigung von Personen zu gemeinsamer Thätigkeit für einen bestimmten individuellen, nur von bestimmten Einzelpersonen zu erreichenden oder nur solchen dienenden Zweck ist die Aktiengesellschaft vom Gesetz nicht angelegt. Dafür stellt das Gesetz andere Gesellschaftsformen zur Verfügung. Durch die Namensaktie und die Möglichkeit, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft zu binden (Art. 207a Abs. 3, § 180 Abs. 3 a. a. O.), bietet das Gesetz auch der

Aktiengesellschaft einen Weg, ihren Bestand mit einem gewissen Personenkreis zu verbinden. Aber für eine anders gestaltete Verbindung von Verein und Aktiengesellschaft läßt das Gesetz keinen Raum. Damit hängt zusammen, daß das Gesetz über das Ausscheiden von Aktionären keinerlei Bestimmungen enthält und den Ausschluß von Aktionären nur bei Verzug in Zahlung der Einlage, im Falle der Herabsetzung des Grundkapitals und im Falle der Auslosung behandelt (Artt. 219. 184—184c. 248. 215d und §§ 218—221. 288—291. 227 a. a. O.). Aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß es andere Fälle des unfreiwilligen Ausscheidens von Aktionären der Bestimmung durch den Gesellschaftsvertrag hat überlassen wollen. Weder das alte noch das neue Handelsgesetzbuch bestimmt für die Aktiengesellschaft, wie für die offene Handelsgesellschaft, daß das Rechtsverhältnis der Aktionäre zu der Aktiengesellschaft sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richte. Die Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und der Aktiengesellschaft sind vielmehr dispositiver Natur nur soweit, als das Gesetz es ausdrücklich zuläßt (vgl. Artt. 216—226 des alten, §§ 210—230 des neuen Handelsgesetzbuchs). Eine ausdrückliche Vorschrift, welche eine Verwirkungsklausel zur Strafe für Handlungen oder Unterlassungen außerhalb des Kreises der Leistungen zu den Zwecken der Gesellschaft zuläßt, enthält weder das alte noch das neue Handelsgesetzbuch. Jeder Ausschluß eines Aktionärs unter Rückzahlung seiner Einlage auf das Grundkapital enthält eine Herabsetzung des Grundkapitals, die das Gesetz nur unter Voraussetzungen zuläßt, die hier nicht zutreffen. Der § 14 der Statuten sieht zwar vor, daß der ausgeschlossene Aktionär seine Aktien an einen Dritten übertragen muß. Aber was geschehen soll, wenn ein Dritter sich zum Erwerbe der Aktien nicht bereit findet, ist nicht gesagt, und der erzwungene Erwerb der Aktien des ausgeschlossenen Aktionärs durch die Aktiengesellschaft steht einer Enteignung des Aktionärs gleich, die das Gesetz nicht zuläßt.

Die angefochtene Bestimmung des Statuts läßt sich auch nicht von dem Gesichtspunkte eines separaten Vertrages des Aktionärs mit der Gesellschaft halten. Was das Gesetz, wie dargelegt, als Inhalt des Gesellschaftsvertrages nicht zuläßt, kann nicht dadurch Gültigkeit erlangen, daß man ihm, obwohl es zum Inhalte des Gesellschaftsvertrages gemacht ist, die Hinterthür des Separatvertrages öffnet.

Daß bei dieser Rechtsauffassung, worauf aufmerksam gemacht ist,
vgl. Cosack, Handelsrecht § 120 unter 3c,
ein Aktionär den Vorstand lebensgefährlich bedrohen, die Verhandlungen in den Generalversammlungen schikanös stören, der Gesellschaft Konkurrenz machen, ihre Interessen gefährden kann, ohne daß die Aktiengesellschaft ihn los werden kann, ist richtig, aber nicht ausschlaggebend. Schutzlos ist die Gesellschaft in solchen Fällen nicht, und Fälle dieser Art sind so selten und werden immer so selten bleiben, daß sie die Rechtsprechung nicht zwingen können, die Rechtsfolgerungen aufzugeben, die durch die ganz bestimmte, geschlossene Struktur, die das Gesetz der Aktiengesellschaft verliehen hat, notwendig gemacht werden. Anders und viel bedenklicher liegt die Sache da, wo die Aktiengesellschaft mit ihrem Vermögen Zwecke der Geselligkeit, der religiösen Gemeinschaft oder sonstiger idealer Art verfolgt, die durch das Eindringen übelwollender, andersgesinnter, von anderen Ideen und Interessen geleiteter Aktionäre unter Umständen vereitelt werden können. Aber abgesehen davon, daß das Institut der Namensaktie, die Möglichkeit der Verhinderung ihrer Übertragung, die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Generalversammlung, welche gegen den Zweck der Gesellschaft laufen, einigen Schutz gewährt, kommt in Betracht, daß, wo eine Gesellschaft für die Erreichung ihres Zweckes die Vereinigung nicht bloß von Vermögen, sondern von gleichgesinnten, gleichgestimmten, gleichgearteten Personen voraussetzt, es geboten ist, nicht die Form der Aktiengesellschaft zu wählen, sondern eine andere Form der Gesellschaft oder die Form des Vereins. Wer die Form der Aktiengesellschaft wählt, hat auch die rechtlichen Folgen der gewählten Form zu übernehmen. Es verschlägt deshalb nichts, wenn ein studentisches Korps, das sich auf Aktien seiner zeitigen und früheren Mitglieder ein Haus für seine Vereinigungen erbaut, in demselben auch solche Aktionäre dulden muß, die unfreiwillig aus dem Korps ausgeschieden sind. Die Form der Aktiengesellschaft brauchte nicht gewählt zu werden."

---

21. Welcher Zeitpunkt ist maßgebend für die zeitliche Anwendung der Normen über ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht konnexer Gegenforderungen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 26. September 1901 i. S. Gr. (Bekl.) w. Gr. Testamentsvollstrecker (Kl.). Rep. VI. 181/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Testamentsvollstrecker des Gr. klagten, während die Nutznießung des Nachlasses noch der Witwe des Erblassers zustand, im Jahre 1900 von einem der mehreren Erben ein ihm vom Erblasser vor diesem Jahre gegebenes Darlehn ein. Die näheren Einzelheiten interessieren hier nicht. Der Beklagte wurde verurteilt, und seine Revision zurückgewiesen. Da er auch eine Retentionseinrede vorgeschützt hatte, so heißt es über die obige Frage in den

Gründen:

... „Der Beklagte hat noch die Richtigkeit der Verwerfung seiner Zurückbehaltungseinrede in Zweifel gezogen. Er hatte diese auf die Behauptung gestützt, daß die Kläger, welche verpflichtet seien, ihm, als einem Miterben, Auskunft über den Stand des Nachlasses zu erteilen und Einsicht in die darauf bezüglichen Urkunden zu gewähren, dies ungeachtet seiner mehrfachen Aufforderungen bisher unterlassen hätten. Da mit der Klage der Beklagte nicht als Miterbe, sondern als Nachlaßschuldner in Anspruch genommen ist, so hat das Berufungsgericht mit Recht ausgesprochen, daß nach dem § 273 B.G.B., bei dem Mangel an Konnexität, das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht begründet sei. Es mag hier hinzugefügt werden, daß, obgleich der Beklagte Kaufmann ist, aus mehreren ... Gründen von einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte nach Art. 313 des alten oder § 369 des neuen Handelsgesetzbuches gar nicht die Rede sein könnte. Es kann sich nur noch fragen, ob das neue Recht hier mit Recht angewandt worden ist, während zwar die vorliegende Klage erst im Jahre 1900 anhängig gemacht ist, aber alle in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse aus der vor dem 1. Januar 1900 liegenden Zeit ihren Ursprung herleiten. Der Beklagte hat offenbar seine Retentionseinrede auf das vor dem Jahre 1900 geltende hamburgische Partikularrecht gründen wollen, welches wenigstens nach einer sehr verbreiteten Meinung jedem Schuldner auch wegen nicht konnexer Gegenforderungen eine solche Berechtigung gewähren sollte. Nun ist aus Art. 170 Einf.-Ges. zum B.G.B. mehrfach die Folgerung

gezogen worden, daß das Zurückbehaltungsrecht, soweit es als rein obligationenrechtlich zu gelten hat, und alle erheblichen Rechtsverhältnisse aus der Zeit vor 1900 herrühren, nach dem älteren Rechte zu beurteilen sei.

Vgl. z. B. Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ꝛc (Aufl. 2) S. 338, und Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Aufl. 6 und 7) Bd. 2 Anm. 38 zu § 369 S. 1220 flg.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, soweit das Retentionsrecht auf eine nicht konnexe Gegenforderung gestützt wird. In einem solchen Falle werden die beiden einander gegenüber stehenden Forderungen allererst durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes in eine rechtliche Beziehung zu einander gebracht; erst durch dieses Ereignis verändert sich der Inhalt der Forderung, gegen welche retiniert werden soll, in der entsprechenden Weise. Es kommt daher darauf an, ob das zur Zeit jener Geltendmachung in Kraft stehende Recht derselben eine solche Rechtswirkung beilegt. Da dies das Bürgerliche Gesetzbuch nicht thut, so ist hier die Retentionseinrede in der That mit Recht verworfen worden; denn es war nicht behauptet, daß der Beklagte etwa schon vor dem Jahre 1900 außergerichtlich sich einmal auf dieses angebliche Retentionsrecht berufen hätte. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob der vom Berufungsgerichte angegebene Grund, daß überhaupt jede Retentionseinrede nach dem Zeitpunkte ihrer Geltendmachung zu beurteilen sei, Billigung verdient." ...

---

22. Begriff des Mitschuldigen im § 33 Nr. 5 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875.

IV. Civilsenat. Urt. v. 30. September 1901 i. S. M. (Bekl.) w. Staatsanwaltschaft (Kl.). Rep. IV. 168/01.

I. Landgericht Dortmund.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus den Gründen:

„Der verklagte Ehemann war in erster Ehe mit der F. geb. G. verheiratet. Diese Ehe ist durch Urteil vom 15. Mai 1895 wegen

Ehebruches des Beklagten rechtskräftig geschieden worden. In dem Scheidungsurteile ist festgestellt, daß der Ehebruch mit einer gewissen St. begangen sei, und daß aus diesem geschlechtlichen Verkehre ein Kind hervorgegangen sei. Am 23. Mai 1896 schloß der verklagte Ehemann mit der verklagten Ehefrau eine neue Ehe. Die Staatsanwaltschaft hat beantragt, diese Ehe für nichtig zu erklären, weil die Beklagte identisch sei mit der im Scheidungsurteile erwähnten St., und Dispensation von dem Ehehindernisse nicht stattgefunden habe. Die Beklagten haben die behauptete Identität bestritten. . . .

Auf der thatsächlichen Grundlage, daß die Beklagte identisch ist mit der im Scheidungsurteile bezeichneten St. spricht das Berufungsgericht in Gemäßheit des § 33 Nr. 5 des Reichspersonenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 und des § 937 A.L.R. II. 1 die Nichtigkeit der Ehe aus. Unerheblich für die Nichtigkeit der Ehe sei, ob die Beklagte zur Zeit des ehebrecherischen Verkehres mit dem Beklagten gewußt habe, daß derselbe verheiratet sei; im Sinne des § 33 Nr. 5 a. a. O. genüge die objektive Feststellung des stattgehabten ehebrecherischen Verkehres. Die Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes sind nicht zu beanstanden, insbesondere ist auch die Entscheidung des Berufungsgerichtes nach der Seite des subjektiven Schuldmomentes in überall zutreffender Weise begründet.

Der zur Anwendung kommende § 33 Nr. 5, welcher als verboten die Ehe bezeichnet „zwischen einem wegen Ehebruches Geschiedenen und seinem Mitschuldigen" hat sein Vorbild im Art. 298 Code civil, welcher bestimmt, daß der wegen Ehebruches Geschiedene nicht seinen „complice" heiraten dürfe. Die Doktrin des französischen Civilrechtes versteht unter „complice" schlechthin diejenige Person, mit welcher der andere Teil die Ehe gebrochen hat, ohne eine subjektive Schuld des „complice" zum Ausdrucke zu bringen.

Vgl. Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts 8. Aufl. Bd. 3 S. 66.

Der Gesetzgeber des Personenstandsgesetzes von 1875 ist, wie die Entstehungsgeschichte des § 33 ergiebt, bei der Bezeichnung Mitschuldiger von der entsprechenden Auffassung ausgegangen, daß hierdurch diejenige Person getroffen werden solle, mit welcher der Geschiedene den Geschlechtsverkehr thatsächlich gepflogen hat. Die dem Entwurfe des Personenstandsgesetzes beigegebene Begründung (S. 31) stellt gegen-

über dem gemeinen Rechte als sachlich in der Bestimmung des Ehehindernisses übereinstimmend die Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes und des Code hin. Nach § 25 A.L.R. II. 1 aber war die Ehe verboten zwischen der wegen Ehebruches geschiedenen Person und demjenigen, mit welchem sie den Ehebruch getrieben, ohne daß die subjektive Schuld des letzteren in Frage kam. In Übereinstimmung damit führte der Bevollmächtigte zum Bundesrate Dr. Friedberg aus, daß ebenso wie das Landrecht Preußens auch der Code die Ehe zwischen den Genossen des Ehebruches verbiete. Hiervon abweichende Auffassungen sind in den Reichstagsverhandlungen nicht zu Tage getreten.

Vgl. Reichstagsverhandlungen zum Personenstandsgesetz 1875 S. 1039 flg.

Die herrschende Litteratur zum Personenstandsgesetze ist überwiegend bei ebenderselben Ansicht verblieben. Auch bei der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches ist man davon ausgegangen, daß dessen neuere Bestimmungen über dieses Eheverbot, welche in der Wortfassung in unzweideutiger Weise das subjektive Moment ausscheiden, materiell lediglich das frühere Recht des Personenstandsgesetzes wiedergeben.

Vgl. Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4 S. 14. 1141.

Vereinzelte Äußerungen bei Gelegenheit der Kommissionsverhandlungen gingen zwar von abweichenden Auffassungen aus. Dieselben führten aber nirgends zu praktischen Ergebnissen und sind als solche nicht von maßgebender Bedeutung.

Vgl. Mugdan, a. a. O. S. 696. 697. 1192." ...

---

23. 1. Zum Begriffe der nach § 16 Gew.O. konzessionspflichtigen Stauanlagen für Wassertriebwerke.

2. Was ist im Falle einer schädlichen Stauanlage für ein Wassertriebwerk unter dem Gewerbebetriebe zu verstehen, auf dessen Einstellung nach § 26 Gew.O. nicht geklagt werden darf?

3. Umfang des Rechtes des Gegenüberliegers auf Zurückleitung des Wassers nach § 13 Nr. 2 des preußischen Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843.

V. Civilsenat. Urt. v. 5. Oktober 1901 i. S. Firma Gebr. Br. u. Gen. (Bekl.) w. Graf v. B.-Pl. (Kl.). Rep. V. 190/01.

I. Landgericht Hagen i. W.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Kläger klagt als linksseitiger Anlieger am Lennefluß gegen die Beklagten auf Zurückleitung des für deren rechtsseitig belegenes Elektrizitätswerk aus der Lenne entnommenen Wassers in die Lenne oberhalb des Punktes, an welchem das Gut des Klägers nach Unterbrechung durch ein Grundstück der Beklagten auf der linken Seite wieder an die Lenne herantritt. Die Ableitung des Wassers erfolgt von dem zu der obrigkeitlich genehmigten Stauanlage (§ 16 Gew.O.) gehörigen Stauwehr aus durch den sog. Obergraben in einen Sammelteich und dann zum Elektrizitätswerk, die Zurückleitung durch den Untergraben, der, teilweise tunnelliert, die Lenne erst erheblich unterhalb der rechtsseitigen Besitzungen der Beklagten wieder erreicht. Die Klage ist auf § 13 Nr. 2 des preuß. Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843 gestützt worden.

Die Beklagten nehmen auf Grund der obrigkeitlichen Konzessionierung des Stauwerkes den Schutz des § 26 Gew.O. für sich in Anspruch, indem sie geltend machen, daß die vom Kläger begehrte Abänderung unthunlich und mit ihrem Gewerbebetriebe unvereinbar sei.

Der Kläger hält den § 26 Gew.O. nicht für anwendbar, weil über die Zurückleitung des Wassers im Konzessionierungsverfahren nichts entschieden werde.

In erster Instanz ist die Klage abgewiesen worden; der erste Richter nahm an, daß die Klage durch § 26 Gew.O. ausgeschlossen werde. In zweiter Instanz sind dagegen die Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt worden. Auf ihre Revision ist das Vorurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Revision macht mit Recht geltend, daß den Beklagten der Schutz des § 26 Gew.O. nicht, wie geschehen, vom Berufungsgericht habe versagt werden dürfen.

Der Berufungsrichter stützt seine Entscheidung auf folgende Ausführung:

Der erste Richter stelle zwar fest, daß ein objektives Zuwiderhandeln der Beklagten gegen § 13 Nr. 2 des Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843 vorliege — wonach das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden muß, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt —; es möge auch richtig sein, daß die in der Klage verlangte Zurückleitung des Wassers zu einer Einstellung des Betriebes der Beklagten führen werde; aber der § 26 Gew.O., der obrigkeitlich genehmigte gewerbliche Anlagen gegen nachbarrechtliche Klagen auf Einstellung des Gewerbebetriebes schütze, sei zu Unrecht vom ersten Richter auf den vorliegenden Fall angewandt worden. Dieser Schutz komme nur den Anlagen zu gute, die nach der Gewerbeordnung der obrigkeitlichen Genehmigung bedürften, und als solche Anlage komme hier lediglich die nach § 16 Gew.O. konzessionspflichtige Stauanlage in Betracht. Die Konzessionierung des Stauwehres decke nicht auch das Verhalten des Aufstauenden bezüglich des aufgestauten und demnächst abgeleiteten Wassers. Nicht gegen die Anlage des Stauwehres und gegen Nachteile aus der Aufstauung richte sich der Klagantrag, sondern nur gegen die Art der Zurückleitung, und es sei nicht abzusehen, wie die Beklagten von Beobachtung der Vorschrift des § 13 Nr. 2 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 durch Konzessionierung des Stauwerkes befreit werden sollten.

Zu erwähnen sei noch, daß zwar das vormalige Obertribunal (Entsch. desselben Bd. 27 S. 23 flg.) unter dem Beifall von Scheele (Wasserrecht S. 36 flg.) und Frank-Nieberding (Wasserrecht S. 257) als das in § 13 Nr. 2 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 erwähnte fremde Ufergrundstück nur das angrenzende, nicht das gegenüber liegende Grundstück verstanden wissen wolle, daß aber das Berufungsgericht in ständiger Rechtsprechung auch dem Eigentümer des an der anderen Flußseite gegenüber liegenden Grundstückes den Schutz des § 13 Nr. 2 gewährt habe.

Nun ist zwar richtig, wovon der Berufungsrichter ausgeht, daß die nachbarrechtlichen Klagen zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen in § 26 Gew.O. nur zu Gunsten solcher gewerblichen Anlagen eingeschränkt werden, welche nach den vorangegangenen Bestimmungen mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet werden müssen, und daß dies im vorliegenden Falle nur die Stauanlage ist, die nach § 16 Gew.O.,

da sie für ein Wassertriebwerk (das Elektrizitätswerk) bestimmt ist, der obrigkeitlichen Genehmigung bedurfte und diese auch erhalten hat. Der Berufungsrichter verkennt auch nicht, daß dieser Schutz gerade so weit reicht wie die obrigkeitliche Genehmigung, daß es also darauf ankommt, was unter der Stauanlage zu verstehen sei, der die obrigkeitliche Genehmigung erteilt worden ist. Der Fehler seiner Entscheidung liegt aber darin, daß er von einem unrichtigen Begriff der Stauanlage ausgeht. Nach seiner Begründung scheint es fast so, als ob er unter der Stauanlage nur das in der Lenne errichtete Stauwehr verstände und nicht einmal den sog. Obergraben dazu rechnete, der das aufgestaute Wasser dem Wassertriebwerk zuführt; jedenfalls rechnet er nicht den sog. Untergraben dazu, der das Wasser vom Triebwerk wieder ableitet. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, das nicht Stauwehre, sondern Stauanlagen, und zwar Stauanlagen für Wassertriebwerke für konzessionspflichtig erklärt. Danach kann es nicht zweifelhaft sein und ist seither auch nirgends bezweifelt worden, daß der Graben, der das aufgestaute Wasser an das Wassertriebwerk heranführt, zu der Stauanlage gehört, da ohne ihn überhaupt keine Stauanlage für das Wassertriebwerk bestehen würde. Nun sind zwar hin und wieder Zweifel darüber entstanden, ob auch Einrichtungen des Wassertriebwerkes selbst, falls dieses nicht an sich konzessionspflichtig ist, zur Stauanlage gerechnet werden müssen, wenn und so weit diese durch sie beeinflußt wird;

vgl. z. B. Entsch. des preuß. O.V.G.'s Bd. 10 S. 277; Parey, Rechtsgrundsätze des Oberverwaltungsgerichtes Jahrg. 1900 S. 175; Rekursbescheid der beteiligten Minister vom 22. Juli 1894 im Ministerialbl. für die innere Verwaltung 1897 S. 179. 180;

aber das kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß die Ableitung des Wassers vom Triebwerke mit zur Stauanlage gehört. Die Veränderung, die durch die Stauanlage mit dem Wasserlaufe vorgenommen wird, hört nicht bei dem Triebwerke auf, es sind vielmehr auch noch Veranstaltungen nötig, um das gebrauchte Wasser weiter zu führen, und diese gewinnen eben dadurch die Eigenschaft von Bestandteilen der Stauanlage. Dies folgt auch daraus, daß die in § 18 Gew.O. der Behörde zur Pflicht gemachte Prüfung der aus der beabsichtigten Anlage für das Publikum entstehenden Gefahren, Nachteile

und Belästigungen, um vollständig zu sein, sich bei der nachgesuchten Genehmigung einer Stauanlage notwendig auch auf diejenigen Gefahren, Nachteile und Belästigungen anderer erstrecken muß, die dadurch entstehen, daß das aufgestaute Wasser vom Triebwerke abwärts einen anderen Weg nehmen soll, als es ohne die Stauanlage genommen haben würde. Darum ist in der ministeriellen zusätzlichen Anweisung zur Ausführung der Gewerbeordnung vom 19. Juli 1884

im Ministerialbl. für die innere Verwaltung 1884 S. 165,

vorgeschrieben worden, daß bei Stauanlagen vom Unternehmer eine Zeichnung der gesamten Stauvorrichtungen einschließlich der Gerinne- und Wasserräder beizubringen sei, sowie ein Nivellement, das so weit auszudehnen sei, als die Wirkungen der anzulegenden Stauwerke reichten. Auch das Oberverwaltungsgericht hat (nach Parey, a. a. O.) in einem Urteil vom 21. November 1892 ausgesprochen, daß als Stauanlage nicht das einzelne Stauwerk allein, sondern die Anlage in ihrer Gesamtheit, d. i. das Stauwerk und das ganze System von Wasserläufen, denen das Stauwerk diene, anzusehen sei. Demnach ist auch im vorliegenden Falle davon auszugehen, daß mit der Stauanlage auch der sog. Untergraben obrigkeitlich genehmigt worden ist, und hieraus folgt, daß die damit für das Grundstück des Klägers verbundenen Nachteile den Kläger, vorausgesetzt, daß er sonst eine Klage auf Abwehr haben würde, nicht berechtigen, auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wenn solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung zu klagen.

Unter dem Gewerbebetriebe, dessen Fortsetzung nicht durch derartige Klagen in Frage gestellt werden darf, muß im vorliegenden Falle das Wassertriebwerk verstanden werden, für welches die Stauanlage obrigkeitlich genehmigt worden ist. Stauanlagen sind nicht schon an sich gewerbliche Anlagen, sondern werden es erst dadurch, daß sie einer gewerblichen Anlage zu dienen bestimmt sind. Wenn nun das Gesetz anordnet, daß einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes geklagt werden dürfe, so kann es nicht die Meinung gewesen sein, daß bei schädlicher Einwirkung einer obrigkeitlich geneh-

migten Stauanlage auf ein benachbartes Grundstück so lange auf Unterlassung solcher Einwirkung geklagt werden dürfe, als damit noch der Fortbestand irgend welcher Stauvorrichtung vereinbar bleibe. Die Stauvorrichtung bedurfte nicht schon als solche der obrigkeitlichen Genehmigung, sondern nur, insofern sie für ein Wassertriebwerk bestimmt war, und daraus folgt, daß mit der einmal genehmigten gewerblichen Anlage, deren Fortbestand gegen Klagen der hier in Frage stehenden Art gesichert sein sollte, nur die für dieses Wassertriebwerk genehmigte Stauanlage gemeint sein kann, also keine Änderung der Stauanlage verlangt werden kann, die eine Einstellung des Wassertriebwerkes zur Folge haben müßte.

Der Berufungsrichter hält nun den auf § 13 Nr. 2 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 gestützten Klagantrag an sich für begründet. . . . Er lehnt das aus dem Klagantrage selbst entspringende Bedenken ab, ob die thatsächliche Voraussetzung vorliege, daß das abgeleitete Wasser jetzt nicht in den Fluß zurückgeleitet werde, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berühre. Der Kläger verlangt die Zurückleitung oberhalb des Punktes Z. auf der Zeichnung im Berufungsurteile, und dieser Punkt bezeichnet die Stelle, wo das Grundstück des Klägers wieder anfängt, aber auf der anderen Seite der Lenne, nicht auf der, wo die Wasserableitung stattfindet. Es konnte hiernach in Frage kommen, ob der Kläger zu solchem Verlangen berechtigt sei, ob nämlich nicht unter dem fremden Grundstücke, vor dessen Uferbeginn das Wasser nach § 13 Nr. 2 wieder in den Fluß zurückgeleitet werden mußte, lediglich ein angrenzendes und nicht ein gegenüberliegendes Grundstück verstanden werden müsse. Das vormalige Obertribunal hat in dem Plenarbeschlusse vom 16. Januar 1854 (Entsch. desselben Bd. 27 S. 23) entschieden, daß unter dem fremden Grundstücke nur ein angrenzendes Grundstück zu verstehen sei, und daß demnach der Eigentümer eines gegenüberliegenden Grundstückes nicht verlangen könne, daß das Wasser vor dem Punkte, wo auf seiner Flußseite sein Grundstück beginnt, wieder in den Fluß zurückgeleitet werde. Die Entscheidung ist so überzeugend begründet worden, daß auf diese Gründe hier einfach Bezug genommen werden kann. Dem Reichsgericht ist auch nicht bekannt, daß diese Frage seitdem in der Rechtsprechung anders entschieden worden wäre. Wenn jetzt das Berufungsgericht bemerkt, daß es selber in ständiger Rechtsprechung auch dem

Eigentümer des gegenüberliegenden Grundstückes den Schutz des § 13 Nr. 2 gewährt habe, so würde diese Rechtsprechung, wenn sie von jener Entscheidung des Obertribunals abweiche, auf irriger Gesetzesauslegung beruht haben. Durch die hinzugefügte Begründung: da das Gesetz einen Unterschied zwischen den Uferanliegern der einen und der anderen Seite nicht mache — wird indes der Zweifel ermöglicht, ob bei jener Bemerkung nicht die beiden Fälle verwechselt worden seien, erstens, daß der Gegenüberlieger eine Zurückleitung vor seinem gegenüberliegenden Grundstücke, und zweitens, daß er eine Zurückleitung vor dem diesseits angrenzenden fremden Grundstücke verlangt. Gegen ein Verlangen der letzteren Art wäre nichts zu erinnern, wenn durch eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift in § 13 Nr. 2 in das Recht des Gegenüberliegers auf das Flußwasser eingegriffen würde, der zwar in Konkurrenz mit dem Anlieger auf dieser Seite nach § 14 nur Anspruch auf die Hälfte des Wassers hat, aber verlangen kann, daß die abgeleitete andere Hälfte seiner Benutzung nicht länger entzogen werde, als es das Gesetz erlaubt. Wird das abgeleitete Wasser nicht oberhalb des anstoßenden fremden Grundstückes zurückgeleitet, und zwar ohne daß etwa der Eigentümer dieses Grundstückes damit einverstanden wäre (§ 13 Abs. 2), so leidet der Eigentümer des auf der anderen Flußseite gegenüberliegenden Grundstückes Schaden, sofern er das zugeleitete Wasser wieder hätte benutzen können. So scheint nach den bei den Akten befindlichen Zeichnungen die Sache hier zu liegen; die Lenne scheint noch oberhalb des linksseitig eingezeichneten Punktes Z. auf der rechten Seite ein an das Elektrizitätswerk der Beklagten angrenzendes fremdes Grundstück zu berühren, es würde also das oberhalb dieses Punktes zurückgeleitete Wasser vom Kläger benutzt werden können; es würde dann auch der Klagantrag des Klägers in diesem Sinne verstanden und solchenfalls mit dem Berufungsrichter an sich und, abgesehen von dem § 26 Gew.O., als berechtigt angesehen werden können. Darüber fehlen aber noch die erforderlichen thatsächlichen Feststellungen, die vom Berufungsrichter jetzt nachgeholt werden müssen.

Wenn danach aber auch der aus § 13 Nr. 2 des Privatflußgesetzes abgeleitete Anspruch des Klägers an sich als begründet anerkannt werden müßte, würde er doch nach dem eingangs Ausgeführten der Beschränkung aus § 26 Gew.O. unterliegen und nur dann durch-

führbar sein, wenn dies ohne Einstellung des Gewerbebetriebes der Beklagten möglich sein sollte. Auch darüber fehlt es noch an einer thatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters, der sich in seinem Urteil auf die, eine Feststellung nicht enthaltende Bemerkung beschränkt hat, es möge die Annahme des ersten Richters richtig sein, daß mit einer Zurückleitung des Wassers, wie Kläger sie begehre, die Einstellung des Betriebes verbunden sei.

Daher war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen."

---

24. Wann beginnt nach § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes die Verjährung des Anspruches gegen den Frachtführer wegen Verlustes des Gutes, wenn ein bestimmter Tag der Ablieferung nicht vereinbart war?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Oktober 1901 i. S. der Deutschen Transport-Vers.-Ges. in B. (Kl.) w. U. (Bekl.). Rep. I. 167/01.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf Grund der zu den Akten überreichten Bedingungen wurde Beklagter Ende August 1898 von der Firma Cesar W. beauftragt, 1000 Sack Chilisalpeter im Hamburger Hafen aus einem Kosmosdampfer in eine Schute überzunehmen, und zwar „zur weiteren Verfügung" des Auftraggebers. Die Ware sollte seewärts weiter verschifft werden und bis zur Bestimmung über die Versendung, die noch nicht getroffen war, in der Schute verbleiben. In der Zeit vom 27. bis zum 29. August wurde der Salpeter in die dem Beklagten gehörige Kastenschute Nr. 2855 übernommen, und am 30. August ward die Schute beladen, im Hansahafen hingelegt und vertaut. Hier fand man am Morgen des 1. September, daß die Schute gesunken sei. Auf derselben hatten sich nur der Schiffer, der sie geführt, und seine Frau befunden; beide waren ertrunken. In den nächsten Tagen wurde die Schute gehoben und ein Teil der Ladung geborgen, der am 4. oder 5. September für Rechnung dessen, den es angeht, verkauft ward. W. hatte die Ladung bei der Klägerin versichert und erhielt von dieser Schadensersatz, nach der nicht bestrittenen Erklärung der Klägerin im

Mai 1899. Alsdann machte Klägerin den an sie übergegangenen Anspruch W.'s gegen den Beklagten geltend, behauptete, daß Beklagter oder der Ewerführer das Sinken der Schute durch Unterlassung der ordnungsmäßigen Bewachung verschuldet habe, und verlangte Ersatz des an der Ladung verursachten Schadens, jedoch nicht in dessen voller Höhe, sondern nur bis zum Betrage von 10000 ℳ, weil Beklagter in den vorerwähnten Bedingungen seine Haftung auf diesen Betrag beschränkt hatte. Beklagter bestritt jedes Verschulden und erhob den Einwand der Verjährung, da die Klage, was nicht bestritten ist, erst am 13. September 1899 zugestellt worden war. Das Gericht erster Instanz verwarf diese Einrede, hielt ein eigenes Verschulden des Beklagten für dargethan und erkannte nach dem Klagantrage. Auf Berufung des Beklagten erkannte dagegen das Berufungsgericht abändernd und wies die Klage ab, da es die Einrede der Verjährung für durchgreifend erachtete. Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die in Betracht kommenden Vorgänge haben sich alle vor dem 1. Januar 1900 ereignet, und deshalb hat das damals geltende Recht zur Anwendung zu gelangen. Für die Entscheidung fragt es sich zunächst, ob der erhobene Anspruch, so weit er auf den Vertrag zwischen W. und dem Beklagten gestützt ist, bei Erhebung der Klage schon verjährt war, und deshalb kommt es darauf an, wie dieser Vertrag aufzufassen ist. Das Landgericht hat letzteres unentschieden gelassen, sich jedoch dahin ausgesprochen, daß ein Transportvertrag noch nicht geschlossen gewesen sei. Das Berufungsgericht nimmt dagegen einen Frachtvertrag an. Dieser Annahme ist beizutreten, denn die in Rede stehende Ware war dem Beklagten nicht zur Lagerung übergeben, sondern zum Transport von einem Schiffe zum anderen, und zwar zum Transporte an ein Schiff, dessen Benennung in der nächsten Zeit bevorstand. Auf den Vertrag findet deshalb § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes in der Fassung vom 15. Juni 1895 Anwendung, und für die Verjährung des erhobenen Anspruches gilt Art. 408 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 386 H.G.B., wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizutreten, daß diejenigen Bestimmungen des Art. 386 Platz zu greifen haben, die für den Fall des gänzlichen Verlustes gegeben sind. Aller-

dings ist die gesunkene Schute unmittelbar nach dem Unfalle gehoben, und ein Teil der Ladung ist, wenn auch in beschädigtem Zustande, geborgen worden; allein Beklagter hat die Bergung nicht veranlaßt und ist nicht in der Lage gewesen, das empfangene Gut seinerseits zurückzuliefern. Für solchen Fall aber ist die Bestimmung in Art. 386. 408 H.G.B. wegen gänzlichen Verlustes berechnet.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 4 S. 14, Bd. 15 S. 30.

Nach dieser Bestimmung soll die Verjährung „mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen", beginnen. Das Landgericht meint, ein solcher Tag würde sich im vorliegenden Falle nicht bestimmen lassen, und die Revision ist der nämlichen Ansicht. Die Revision meint, es scheide deshalb der Art. 386 ganz aus, und es biete sich Gelegenheit zu analoger Anwendung des § 119 (jetzt § 118) B.Sch.G., des § 201 B.G.B. und des § 903 H.G.B. Letzteres ist indes nicht möglich, denn der Beginn der Verjährung bestimmt sich nach Art. 169 Abs. 1 Einf.-Ges. zum B.G.B. für alle Verjährungen, die am 1. Januar 1900 noch nicht abgelaufen waren, nach den bisherigen Gesetzen. Abgesehen davon würde der Anwendung jener Bestimmungen des neuen Rechts noch ein anderer Grund im Wege stehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar in § 201 für kurze Verjährungen den Beginn auf den Schluß des Jahres verlegt, in dem die Forderung entstanden war, und das Handelsgesetzbuch hat dies für die kurzen Verjährungen des Seerechts in §§ 901—905, in § 903 Ziff. 2 auch für die Seefracht, übernommen. Ebenso ist der Beginn der Verjährung für verschiedene kurze Fristen im Binnenschiffahrtsgesetze geregelt worden, und zwar ist dies schon durch § 119 (jetzt § 118) des Gesetzes geschehen, in Voraussicht der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (vgl. Drucksachen des Reichstags 1894/95, Nr. 81 S. 126). Dies gilt aber nach § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes nicht für die Ansprüche gegen den Frachtführer; es galt nicht und gilt auch jetzt noch nicht. Denn die Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur und gegen den Frachtführer beginnt auch jetzt noch (§§ 414. 439 H.G.B.) nicht erst mit dem Ablaufe des Jahres, in dem die Forderung entstanden ist, sondern mit dem Tage, an dem das maßgebende Ereignis eintrat.

Endlich ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß die Frist des Art. 386 H.G.B. bei Erhebung der Klage schon verstrichen war.

Die Revision meint, daß im vorliegenden Falle ihr Beginn sich nicht bestimmen lasse; dies ist jedoch nicht zuzugeben. Allerdings muß derjenige den Beginn beweisen, der sich auf die Verjährung beruft, und bloße Möglichkeiten sind nicht ausschlaggebend. Unrichtig ist es jedoch, daß man die Verjährung nur dann zulassen dürfe, wenn ein bestimmter Tag der Ablieferung vereinbart war. Ist letzteres nicht geschehen, so darf Art. 386 (jetzt § 414) H.G.B. nicht ganz außer Betracht bleiben, sodaß der Anspruch noch während der ordentlichen Verjährungsfrist erhoben werden könnte; vielmehr muß dann den Umständen nach bestimmt werden, wann die Ablieferung hätte geschehen müssen. Für den vorliegenden Fall mag zugegeben werden, daß die Befugnis des Befrachters, die Ware jederzeit zurückzufordern, die Verjährungsfrist noch nicht in Lauf setzte; es mag sogar unentschieden bleiben, ob die Verjährung nicht mit dem Sinken der Schute oder wenigstens mit dem Tage begann, an dem der Befrachter, was unbestritten am 3. September 1898 geschehen ist, seinen Anspruch auf Schadensersatz dem Beklagten erklärte. Denn jedenfalls begann die Verjährung mit dem Tage, an dem, falls die Schute nicht gesunken wäre, der Befrachter die Ablieferung der Ware angeordnet hätte. Das Berufungsgericht hat für bewiesen erachtet, daß dies vor dem 13. September 1898 geschehen wäre, und diese auf thatsächlichen Erwägungen beruhende Feststellung läßt sich rechtlich nicht beanstanden.

In Frage kommt sodann, ob durch die Behauptung der Klägerin, daß Beklagter das Sinken der Schute durch Unterlassen ordnungsmäßiger Bewachung verschuldet habe, ein Anspruch geltend gemacht worden sei, der nicht der kurzen Verjährung aus Art. 386 H.G.B. unterliegen würde. Von dem Berufungsgerichte ist letzteres verneint worden, weil Beklagter, wenn er zur Anordnung einer Bewachung verpflichtet gewesen wäre, durch die Unterlassung nur gegen seine Vertragspflicht verstoßen haben, der hieraus etwa folgende Anspruch aber ebenfalls verjährt sein würde. Diese Erwägung ist zutreffend, wenn es richtig ist, daß Beklagter als Eigentümer der Schute lediglich dem Befrachter gegenüber verpflichtet war, für die Bewachung zu sorgen, und wenn in der behaupteten Unterlassung nichts als eine Fahrlässigkeit zu finden wäre, da die fahrlässige Verletzung der Vertragspflicht seitens des Frachtführers, falls nur Art. 408 H.G.B. in Frage

kommt, allerdings, wie aus Abs. 4 des Art. 386 zu entnehmen ist, durch Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist gedeckt wird. Anders würde es sich dagegen verhalten, wenn Beklagter dadurch, daß er nicht für gehörige Bewachung seiner Schute sorgte, gegen eine im öffentlichen Interesse bestehende Verpflichtung sich vergangen hätte; denn dann würde aus solcher Unterlassung, wenn diese einen Schaden zur Folge gehabt hätte, dem Befrachter ein Anspruch erwachsen sein, gegen dessen Geltendmachung Beklagter nicht einwenden dürfte, daß er durch sein Verschulden auch gegen eine Vertragspflicht verstoßen habe, die Vertragsklage aber verjährt sei. Dieser von der Revision hervorgehobene Gesichtspunkt ist in dem angefochtenen Urteile nicht erörtert worden; ein Grund zur Aufhebung ist hieraus jedoch nicht zu entnehmen. Denn für die Beantwortung der Frage, ob die nächtliche Bewachung beladener Schuten im Hamburger Hafen im Interesse der allgemeinen Sicherheit derart geboten sei, daß man sie als eine Pflicht anzuerkennen habe, deren Verletzung jedermann zum Anspruch auf Ersatz des ihm hierdurch zugefügten Schadens berechtige, sind nicht nur rechtliche Erwägungen maßgebend, sondern auch Thatumstände, da insbesondere die örtlichen und die Verkehrsverhältnisse an dem Orte, wo die in Rede stehende Schute ihren Platz hatte, in Betracht kommen. In dieser Beziehung sind jedoch von den Parteien in den Vorinstanzen keine Angaben gemacht worden, und aus der Sachlage waren solche nicht zu entnehmen. Für das Berufungsgericht fehlte deshalb ein äußerer Anlaß, auf die von der Revision angeregte Frage einzugehen, und bei dem Mangel entsprechender Parteibehauptungen muß angenommen werden, daß ein außerhalb des Vertrages liegendes Verschulden des Beklagten im vorliegenden Falle nicht in Betracht kommt.

Es könnte sich hiernach nur noch fragen, ob etwa ein Verschulden des Ewerführers anzunehmen ist. Ein solches müßte Beklagter nach § 3 des Binnenschiffahrtsgesetzes vertreten, und der hieraus folgende Anspruch wäre nach § 118 Nr. 7. § 119 jenes Gesetzes (a. F.) noch nicht verjährt. Das Berufungsgericht hat unentschieden gelassen, ob eine Bewachung der Schute nötig gewesen sei, hat jedoch festgestellt, daß den Ewerführer, möge dieser auch als Schiffer anzusehen sein, jedenfalls kein Vorwurf treffe. Denn eine Anweisung, nachts zu wachen, sei ihm nicht erteilt gewesen, und er habe deshalb, da er

sich ohne einen anderen Schiffsmann auf der Schute befunden, annehmen können, daß Beklagter eine nächtliche Bewachung nicht wolle. Mit Rücksicht hierauf, und da besondere Umstände nicht vorgelegen hätten, habe er auch nicht nötig gehabt, deswegen bei dem Beklagten anzufragen, da er eine verneinende Antwort habe voraussetzen können, eine solche auch zweifellos erhalten haben würde. Hierdurch ist ein Verschulden des Ewerführers als des Schiffers der Schute einwandsfrei verneint, da nach § 7 des Binnenschiffahrtsgesetzes der Schiffer alle gebotene Sorgfalt aufzuwenden hat, jedoch von eigener Verantwortung frei ist, wenn er auf Anweisung des Schiffseigners gehandelt hat und ihn — abgesehen von einer strafbaren Handlung — auch nicht der Vorwurf trifft, es unterlassen zu haben, dem Schiffseigner die nach Lage des Falles erforderliche Aufklärung zu erteilen." ...

---

25. Ist in der Zurverfügungstellung einer bei einem Spediteur lagernden, einem Dritten verkauften Ware an diesen Dritten und der gleichzeitig an denselben erfolgenden Übergabe eines Verfügungsscheines eine Übertragung des Herausgabeanspruches gegen den Spediteur zu finden, welche nach § 931 B.G.B. die gemäß § 929 das. zur Übertragung des Eigentums erforderliche Übergabe der beweglichen Sache zu ersetzen geeignet ist, oder enthält eine solche Zurverfügungstellung nur eine Anweisung an den Spediteur, die Sache dem Dritten auszuhändigen, welche jederzeit widerrufen werden kann? Kann, wenn der Verkäufer dem Käufer und dieser einem Dritten den Anspruch auf Herausgabe der bei dem Spediteur lagernden Ware abgetreten hat, diesem Anspruche des Dritten mit Erfolg der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Ankäufer den Erwerb durch falsche Vorspiegelung von Kreditwürdigkeit bewirkt habe, und daß der Dritte bei diesen Machenschaften beteiligt gewesen sei?

II. Civilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1901 i. S. H. (Kl.) w. H. M. (Bekl.) und G. (Nebenintervent.). Rep. II. 194/01.

I. Landgericht Cöln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kaufmann G. verkaufte laut Briefes vom 10. Mai 1900 an die Firma Kl. & Co. eine Partie von seinen bei der verklagten Speditionsfirma H. M. in Köln lagernden Hölzern. Der nach Abzug an Fracht, Zoll und Kosten verbleibende Rest des Kaufpreises sollte durch ein Viermonatsaccept der Käuferin reguliert werden. Dabei schrieb G., er füge gleichzeitig einen Verfügungsschein über die Hölzer für H. M. bei und bitte, gegen Erstattung der darauf ruhenden Kosten die Empfangnahme der Hölzer zu bewirken. In dem Verfügungsscheine an H. M. erklärte G., daß er die fraglichen Hölzer zur Verfügung der Herren Kl. & Co. stelle und bitte, genannter Firma diese Hölzer gegen Erstattung der darauf ruhenden Kosten zu verabfolgen.

Am 11. Mai schickte Kl. & Co. den vorerwähnten Verfügungsschein an H. M. und ersuchte dieselbe, das Holz der Firma H. auszuhändigen, an welche die Hölzer am gleichen Tage weiter verkauft waren. Am 14. Mai erhielt jedoch H. M. von G. die telegraphische Anweisung, das Holz nicht abzuliefern, und es wurde diese Depesche noch durch weitere Zuschriften bestätigt. Dieser Weisung folgend hat M. trotz Angebotes der auf dem Holze ruhenden Fracht ꝛc das Holz an H. nicht ausgeliefert.

Letztere erhob deshalb Klage mit dem Antrage,

die Beklagte zu verurteilen, die in Frage stehenden Partieen Eichenholz gegen gleichzeitige Zahlung von 3667,23 ℳ herauszugeben.

Der Anspruch wurde darauf gegründet, daß Klägerin nach den einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches am 11. Mai bereits Eigentümerin der Hölzer geworden sei, und dem G. eine weitere Verfügung über dieselben nicht mehr zugestanden habe. Die verklagte Firma H. M. beantragte Abweisung der Klage und verkündete dem G. den Streit, welcher als Nebenintervenient in den Prozeß eintrat und sich dem Antrage der Beklagten anschloß.

Die Beklagte und der Nebenintervenient bestritten, daß das Eigentum der streitigen Hölzer am 14. Mai 1900 bereits auf Kl. & Co. bezw. die Firma H. übergegangen gewesen sei, und machten ferner geltend, der Erwerb seitens Kl. & Co. sei durch die falsche Vorspiegelung vorhandener Kreditwürdigkeit im Einvernehmen mit der Firma H. erschlichen worden.

Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage, und das Ober-

landesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück. Die hiergegen eingelegte Revision wurde gleichfalls vom Reichsgerichte zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Der Klaganspruch auf Herausgabe der im Besitze der verklagten Speditionsfirma befindlichen, von dieser seinerzeit für den Nebenintervenienten G. auf Lager genommenen Hölzer wird auf das von der Klägerin behauptete Eigentum an diesen Hölzern gegründet, welches sie von der Firma Kl. & Co. erworben haben will, der dasselbe vorher von dem Nebenintervenienten rechtswirksam übertragen worden sei.

In dieser Hinsicht ist von den Vorinstanzen thatsächlich festgestellt, auch unbestritten, daß der Nebenintervenient, welcher am 10. Mai 1900 die streitigen Hölzer der genannten Firma Kl. & Co. verkauft hat, gleichzeitig die Beklagte unter Mitteilung dieses Verkaufes benachrichtigte, er stelle die Hölzer der genannten Firma zur Verfügung, und sie ersuchte, dieselben gegen Zahlung der auf ihnen lastenden Lager- und sonstigen Kosten auszuhändigen, weiterhin auch Kl. & Co. einen bezüglichen Verfügungsschein übersandte, daß sodann Kl. & Co. die Hölzer am 11. Mai 1900 an die Klägerin weiter verkaufte und ihrerseits ihr Verfügungsrecht der Beklagten gegenüber der Klägerin übertrug.

Die Annahme des Oberlandesgerichtes, daß danach das Eigentum rechtswirksam auf die Klägerin übergegangen sei, entspricht den bezüglichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 929 a. a. O. ist zwar zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, außer der auf die Übertragung gerichteten Willenseinigung, die Übergabe erforderlich. Diese Übergabe kann aber nach § 931, wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Daß letzteres im vorliegenden Falle sowohl im Verhältnisse des Nebenintervenienten zu Kl. & Co. als im Verhältnisse der letzteren Firma zu der Klägerin geschehen ist, hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum angenommen und festgestellt.

Wenn die Revision hiergegen zunächst geltend macht, daß insbesondere seitens des Nebenintervenienten nur eine Anweisung im Sinne von § 783 B.G.B. an die Beklagte, die Hölzer an Kl. & Co.

auszuantworten und dadurch erst die Übergabe derselben zu bewirken, erfolgt sei, welche derselbe jeden Augenblick habe widerrufen können, und daher am 13. Mai 1900, als er Kenntnis von der schlechten finanziellen Lage von Kl. & Co. erhielt, rechtswirksam widerrufen habe, daß dagegen eine Abtretung des Herausgabeanspruches nicht in Frage stehe, so scheitert dieser Angriff an der entgegenstehenden thatsächlichen Beurteilung des Oberlandesgerichtes, die weder einen Rechtsirrtum noch einen Mangel an Begründung erkennen läßt. Daß in der Zurverfügungstellung der Ware zu Gunsten von Kl. & Co., insbesondere auf Grund des stattgehabten Verkaufes, sowie in der Übergabe des Verfügungsscheines eine Übertragung des Herausgabeanspruches, sodaß derselbe in der Person des Übertragenden unterging und nunmehr nur mehr Kl. & Co. zustand, gefunden werden konnte, ist rechtlich unbedenklich.

Auch die weitere Rüge der Revision, daß, falls eine Abtretung des Herausgabeanspruches angenommen werden könnte, dieselbe doch keine unbedingte gewesen sein würde, vielmehr von Zahlung der auf den Hölzern zu Gunsten der Beklagten lastenden Spesen abhängig gemacht worden sei, daher auch der Eigentumsübergang durch diese bisher nicht erfolgte Zahlung bedingt gewesen sei, ist nicht begründet. Der Nebenintervenient G. besaß selbst nur den Anspruch auf Herausgabe gegen Bezahlung der Spesen; diesen Anspruch hat er nach der Feststellung des Oberlandesgerichtes unbedingt abgetreten, und das genügt nach § 931 a. a. O., um den Eigentumsübergang zu bewirken. Daß die Beklagte dem unbedingt übertragenen Herausgabeanspruche nur Folge zu geben braucht, wenn sie ihre Kosten ersetzt erhält, ist für die Frage des Eigentumsüberganges nicht von Bedeutung.

Hiernach erscheint der Vindikationsanspruch, so wie derselbe durch das vom Oberlandesgerichte aufrechterhaltene Urteil des Landgerichtes zugesprochen ist, gemäß § 985 B.G.B. an sich als begründet, und es kann sich nur noch fragen, ob von dem Oberlandesgerichte mit Recht angenommen ist, daß demselben auch nicht mit Erfolg die namentlich in den Vorinstanzen von der Beklagten und dem Nebenintervenienten aufgestellte Behauptung entgegengesetzt werden könne, daß Kl. & Co. den Erwerb der Hölzer durch Vorspiegelung nicht vorhandener Kreditwürdigkeit bewirkt hätten, und daß es sich dabei um betrügerische Machenschaften, bei denen die Klägerin im Einvernehmen

mit Kl. & Co. verfahren sei, handele. Auch darin ist dem Oberlandesgerichte beizupflichten. Daß die Voraussetzung des § 986 Abs. 1 Satz 1 nicht vorliegt, ergiebt sich ohne weiteres, da eine Berechtigung der Beklagten oder des Nebenintervenienten auf den Besitz der Klägerin gegenüber nicht in Frage steht. Die Anfechtung des Kaufgeschäftes zwischen dem Nebenintervenienten und Kl. & Co. auf Grund der §§ 119. 123 und 143 B.G.B. berührt nicht das Verhältnis der an demselben nicht beteiligten Klägerin, insbesondere der Beklagten gegenüber. Auf § 934 B.G.B. kann sich die Beklagte bezw. der Nebenintervenient gleichfalls nicht berufen, weil zu der Zeit, als die Klägerin die Hölzer kaufte, und ihr der Herausgabeanspruch übertragen wurde, am 11. Mai 1900, nach den Feststellungen der Vorinstanzen das Geschäft zwischen dem Nebenintervenienten und Kl. & Co. noch nicht angefochten war, die Voraussetzung also, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, nicht vorlag, die Klägerin daher auch insoweit nicht in bösem Glauben sein konnte. Endlich kann sich die Beklagte auch nicht auf § 986 Abs. 2 B.G.B. stützen, weil es sich nicht um eine Einwendung der Beklagten gegen den abgetretenen Anspruch auf Herausgabe selbst handelt, sondern nur darum, ob der — an sich nicht bestrittene — Anspruch rechtswirksam auf die Kläger übergegangen ist."

---

26. Ist der Erwerber von Waren, die mit dem für sie eingetragenen Wortzeichen von dem Berechtigten versehen und in den Verkehr gebracht worden sind, durch die Zeicheneintragung gehindert, dieselben unter Benennung mit dem eingetragenen Worte zum Verkaufe anzukündigen?

Gesetz vom 12. Mai 1894 §§ 12 und 13.

II. Civilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1901 i. S. L. (Bekl.) w. Gebr. R. (Kl.). Rep. II. 212/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin stellt die als Brennaborräder bekannten Fahrräder her; durch Eintragung in die Zeichenrolle des Patentamtes ist

ihr das Wort Brennabor als Warenzeichen für Fahrräder geschützt. Der Beklagte war bis Ende 1897 der Vertreter der Klägerin in Berlin für den Vertrieb dieser Fahrräder. Seit Aufhebung dieser Geschäftsverbindung hat die Klägerin ein eigenes Verkaufsgeschäft in Berlin. Der Beklagte betreibt Handel in Fahrrädern. Nach Auflösung der Geschäftsverbindung mit der Klägerin kündigte er im Berliner Lokalanzeiger Brennaborräder zum Kaufe an, und brachte ein Schild mit der Inschrift „Engros Brennaborräder und détail Eigene Reparaturwerkstätte Charles Lehmann" an seinem Verkaufslokale an. Das Urteil des Kammergerichtes, welches der Klage gemäß den Beklagten verurteilte, 1. sich der Anbringung des als Warenzeichen für die Klägerin geschützten Wortes Brennabor durch Benutzung des Wortes Brennaborräder in seinen Ankündigungen zu enthalten, 2. auf den an seinem Geschäftslokale befindlichen Schildern das Wort Brennaborräder nicht anders als mit dem Zusatze Modell 1897 oder älteres Modell zu gebrauchen, wurde auf Revision des Beklagten aufgehoben.

Aus den Gründen:

... „Unterliegt schon hiernach das angegriffene Urteil der Aufhebung, so fehlt es auch noch in einem anderen erheblichen Punkte an der erforderlichen Begründung. Der Beklagte hatte der Klage, die anscheinend auf § 12 des Warenzeichengesetzes gestützt wurde, den Einwand entgegengesetzt, er sei zu den fraglichen Ankündigungen berechtigt gewesen und noch berechtigt, weil er damals im Besitze von echten Brennaborrädern gewesen sei und auch noch sei, welche er teils von der Klägerin selbst, teils im freien Verkehre erworben habe, und er daher diese Räder, die im Verkehre allgemein Brennaborräder genannt würden, auch nur unter diesem Namen verkaufen und ankündigen könne und ankündigen dürfe. Wie der in dem Berufungsurteile bezogene Thatbestand des landgerichtlichen Urteiles ergiebt, hat der Beklagte sich hierbei auf § 13 des Warenzeichengesetzes berufen. Derselbe enthält eine Einschränkung der dem Eingetragenen durch § 12 gewährleisteten Rechte, indem er bestimmt, daß durch die Eintragung eines Warenzeichens niemand gehindert sein soll, seinen Namen ꝛc sowie Angaben über... die Beschaffenheit von Waren auf Waren, deren Verpackung oder Umhüllung anzubringen und derartige Angaben im Geschäftsverkehre zu gebrauchen, also auch auf Verkaufsankün-

digungen anzubringen. Der Einwand des Beklagten enthält aber die Behauptung, daß der Ausdruck Brennaborräder in seinen Ankündigungen eine Beschaffenheitsangabe bezüglich jener Fahrräder sei, indem er besage und auch so von dem Publikum im Verkehre verstanden werde, daß er Räder zu verkaufen habe, welche von der Klägerin herstammten. Der Einwand war also an sich erheblich und bedurfte einer Prüfung, welche das Berufungsurteil vermissen läßt. Denn wenn man auch annehmen wollte, daß der Satz: „und es wird in ihm (dem Leser oder Hörer der Ankündigungen) die Meinung erweckt, daß der Anpreisende nur Brennaborräder, nur Fabrikate der Klägerin vertreibe", sich auf diese Einlassung des Beklagten beziehen und damit in Verbindung mit dem Umstande, daß der Beklagte auch andere als von der Klägerin herstammende Fahrräder verkauft, gesagt werden soll, daß er, was nicht zulässig sein würde, auch diese anderen Räder als Brennaborräder ankündige, so hat auch hierfür der Berufungsrichter eine Begründung nicht gegeben." . . .

---

27. Ist der Empfänger einer seewärts angebrachten Schiffsladung berechtigt, von dem Schiffer zu verlangen, daß die Ladung bei der Übergabe an den Leichter an Bord des Seeschiffes verwogen werde?

I. Civilsenat. Urt. v. 9. Oktober 1901 i. S. Dr. O. D. (Bekl.) w. J. H. B. & Co. (Kl.). Rep. I. 177/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Es handelt sich lediglich um die Frage, ob der Empfänger einer seewärts angebrachten Ladung, die auf dem Strome gelöscht werden soll, das Recht hat, von dem Schiffer zu verlangen, daß die Ladung bei der Übergabe an den Leichter — selbstverständlich auf Kosten des Empfängers (§ 593 H.G.B.) — an Bord des Seeschiffes verwogen werde.

Daß eine derartige Verwiegung nach dem in Hamburg herrschenden Gebrauche thatsächlich in der Regel vorgenommen wird, steht

fest. Es steht aber auch fest, daß dies darin seinen Grund hat, daß die Fracht üblicherweise nach dem ausgelieferten Gewichte zu berechnen ist (§ 620 H.G.B.), der Verfrachter also ein eigenes Interesse daran hat, das Gewicht der angebrachten Ladung sofort festzustellen, da er sonst seine Frachtforderung nicht liquidieren kann. Hier fehlt dieses Interesse, da die Fracht in einer von vornherein fest bestimmten Bauschsumme vereinbart worden ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Frage mit dem Oberlandesgerichte schlechthin zu verneinen ist. Denn darin ist dem Oberlandesgerichte jedenfalls beizutreten, daß dem Empfänger in einem Falle, wie er hier vorliegt, jenes Recht nicht zur Seite steht. Begründen ließe sich die rechtliche Notwendigkeit einer sofortigen Verwiegung des Frachtgutes an Bord des Seeschiffes nur dann, wenn anzunehmen sein sollte, daß dieser Akt ein wesentlicher Bestandteil der dem Verfrachter obliegenden und vom Schiffer zu erfüllenden Pflicht zur Ablieferung des Frachtgutes sei.

Die Ablieferung der Güter an den Empfänger hat nach § 651 H.G.B. „nach dem Inhalte des Konnossementes" zu erfolgen. Hier handelt es sich um eine Ladung Kleie und Leinsaat in Säcken, die in den Konnossementen nach der Zahl der Säcke und nach dem Gesamtgewichte der einzelnen Partieen bezeichnet ist. Die Konnossemente sind aber mit der Klausel „weight unknown" gezeichnet. Der Verfrachter hat demnach (§ 655 H.G.B.) die Richtigkeit der Angaben der Konnossemente über das Gewicht nicht zu vertreten. Er genügt seiner Verpflichtung, die Güter „nach dem Inhalte des Konnossementes" abzuliefern, wenn er dem Empfänger oder dessen Vertreter die in den Konnossementen bezeichnete Zahl Säcke übergiebt, während die Ermittelung des Gewichtes der Ladung in diesem Falle jedenfalls nicht als ein notwendiger Bestandteil einer ordnungsmäßigen Ablieferung, wie sie dem Verfrachter obliegt, erscheint. Was dem Schiffer bei der Einnahme der Ladung nicht „zugezählt, zugemessen oder zugewogen" ist (§ 655 H.G.B.), braucht er auch bei der Ablieferung dem Empfänger nicht zuzuzählen, zuzumessen oder zuzuwiegen.

Allerdings kann auch in einem solchen Falle der Empfänger ein Interesse daran haben, daß dem Verfrachter gegenüber in authentischer Weise das Gewicht der abgelieferten Güter festgestellt werde. Denn für die Ablieferung des thatsächlich eingenommenen Gutes hat der Ver-

frachter (soweit er sich im Konnossemente nicht etwa frei gezeichnet hat) nach § 606 H.G.B. immer einzustehen, wenn er nicht beweist, daß der Verlust auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht abgewendet werden konnten. Der Empfänger könnte also den Verfrachter auf Wertersatz in Anspruch nehmen, wenn er den Beweis führen kann, daß das abgelieferte Gewicht gegenüber dem eingenommenen einen Verlust aufweist, wobei dann freilich zum Beweise des eingenommenen Gewichtes die Gewichtsangabe des Konnossementes nicht dienlich sein würde. Diesem Interesse des Empfängers aber wird durch die Versagung des hier streitigen Rechtes nicht entgegengetreten. Es findet seinen Schutz in den Bestimmungen der §§ 608 und 609 H.G.B. in Verbindung mit § 8 des hamb. Ausf.Ges. zum H.G.B. vom 29. Dezember 1899. Nach § 608 kann, bevor der Empfänger die Güter übernimmt, sowohl der Empfänger als der Schiffer, um den Zustand oder die Menge der Güter festzustellen, ihre Besichtigung durch die zuständige Behörde oder durch die zu dem Zwecke amtlich bestellten Sachverständigen bewirken lassen, und nach § 609 kann diese Besichtigung, wenn sie vor der Übernahme nicht geschehen ist, spätestens am zweiten Werktage nach dem Tage der Übernahme nachgeholt werden. Ist auch dies unterblieben, so erlöschen der Regel nach die Ansprüche wegen Beschädigung und teilweisen Verlustes. Bei der hier in Frage stehenden Übernahme der Güter „in ein Binnenschiff oder sonst zu Wasser" aber soll § 609 Abs. 1 nach § 8 des hamb. Ausf.Ges. (vgl. Einf.Ges. zum H.G.B. Art. 19) nicht gelten, soweit es sich um äußerlich erkennbare Beschädigung oder äußerlich erkennbaren teilweisen Verlust handelt. Diese Ansprüche sollen durch eine vorbehaltlose Quittung erlöschen, sollen aber nicht erlöschen, wenn sie in der Quittung „thunlichst genau bezeichnet und vorbehalten sind".

Nach der bedenkenfreien, auch vom Revisionskläger nicht angefochtenen thatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichtes hat es sich im vorliegenden Falle um die Vornahme einer amtlichen Besichtigung im Sinne des § 608 H.G.B. nicht gehandelt. Es steht daher nicht zur Entscheidung, ob der Schiffer, wenn die Empfänger eine solche Besichtigung nachgesucht hätten, die Verwiegung der Ladung an Bord des Seeschiffes zu dulden gehabt haben würde. Was die Empfänger begehrt haben, und was der Schiffer abgelehnt hat, war nicht die

amtliche Besichtigung nach § 608, sondern die private Ermittelung des Gewichtes durch die Leute der Empfänger. Eine derartige Manipulation brauchte der Schiffer im vorliegenden Falle ebensowenig zu dulden, wie er zu gestatten braucht, daß der Empfänger an Bord Behältnis für Behältnis öffnet, um den Zustand und die Beschaffenheit der angebrachten Güter zu untersuchen. Zwar ließe sich die Frage aufwerfen, ob dem Empfänger nicht die Möglichkeit zu gewähren sei, sich durch derartige private Untersuchungen die Unterlagen dafür zu verschaffen, ob es nötig sei, von dem Rechte, nach § 608 eine amtliche Besichtigung zu beantragen, Gebrauch zu machen. Beim Schweigen des Handelsgesetzbuches aber, und da sich auch aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche (insbesondere etwa § 809) eine derartige Befugnis nicht ableiten läßt, kann diese Frage nicht bejaht werden. Man würde sich dabei mit der Verkehrsanschauung in Widerspruch setzen, die für den Großhandel und den Schiffsverkehr eine rasche und glatte Abwickelung der Geschäfte erfordert." ...

---

28. Zwangsvollstreckung aus einer Arrestvormerkung des bisherigen preußischen Rechtes nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze.

V. Civilsenat. Urt. v. 12. Oktober 1901 i. S. Z. (Kl.) w. Z. (Bekl.). Rep. V. 199/01.

I. Landgericht Posen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

R. schuldete dem N. laut Schuldscheines vom 2. Januar 1892 ein mit 5 Prozent verzinsliches und am 1. Januar 1898 fälliges Darlehn. Auf Grund des gegen R. am 23. Januar 1899 erlassenen Arrestbefehles ist für N. auf dem Grundstücke Sch. Nr. 56 des R. eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek für jenes Darlehn in Höhe von 1800 ℳ nebst Zinsen und Kosten am 24. Januar 1899 eingetragen. R. hat sein Grundstück durch Vertrag vom 20. Januar 1899 dem Beklagten verkauft, welcher auf Grund der nach dem 24. Januar 1899 erhaltenen Auf-

lassung als dessen Eigentümer eingetragen ist. R. hat durch Urkunde vom 26. Januar 1899 alle seine Rechte aus dem Darlehne, dem Arrestbefehl und der Vormerkung dem Kläger abgetreten. Nach Zustellung dieser Cession an den Beklagten hat R. in der notariellen Urkunde vom 8. März 1899 den Kläger als seinen persönlichen Gläubiger der abgetretenen Forderung anerkannt und sich wegen seiner Darlehnsschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, wegen 1818,75 ℳ nebst 5 Prozent Zinsen von 1800 ℳ seit dem 2. Januar 1892 die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück Sch. Nr. 56 zu dulden, eventuell die Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek von gleicher Höhe zu bewilligen. Der erste Richter hat den Beklagten nach dem Principalantrage verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten ist die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das erste Urteil wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht begründet seine Entscheidung nach dem bisherigen Rechte in folgender Weise. Durch die im Wege des Arrestes eingetragene Vormerkung sei ein bedingt dingliches Recht geschaffen. Um mit der dinglichen Klage durchzudringen, habe Kläger daher nachzuweisen, daß aus dem bedingt dinglichen Rechte ein unbedingt dingliches geworden sei, d. h. daß sämtliche Voraussetzungen der Umschreibung der Vormerkung in eine definitive Hypothek vorliegen, wenn auch die Umschreibung selbst nicht erforderlich sei. Zu diesen Voraussetzungen gehöre entweder die von R. erteilte, oder die durch rechtskräftiges Urteil ersetzte Bewilligung der Umschreibung. Daß diesem Erfordernis entsprochen sei, habe Kläger nicht behauptet. In der notariellen Urkunde vom 8. März 1899 sei ein Ersatz nicht zu finden; denn aus einer Urkunde, in welcher sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, werde nur eine Vormerkung eingetragen, eine solche sei aber schon vorhanden. Habe hiernach Kläger gegen R. kein Recht auf Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek erworben, so stehe ihm ein solches auch gegen den Beklagten, als den nach der Vormerkung eingetragenen Eigentümer des belasteten Grundstückes, nicht zu. Dem eventuellen Antrage stehe entgegen, daß der Beklagte zur Umschreibungsbewilligung nicht verpflichtet sei. Obligatorische Beziehungen, welche solche Verpflichtung

begründen könnten, beständen zwar zwischen R. und dem Kläger, nicht aber zwischen dem Beklagten und dem Kläger. Da durch die Eintragung der Vormerkung das Pfandgrundstück zu einer im Streit befangenen Sache nicht werde, sei der Streit über die Umschreibungsbewilligung zwischen dem ursprünglichen Grundstückseigentümer und dem aus der Vormerkung Berechtigten zum Austrage zu bringen.

Hiergegen macht Kläger mit Recht geltend, daß er berechtigt sei, auf Grund der seine Forderung endgültig feststellenden notariellen Urkunde die Dinglichkeit seines Anspruches gegen den Beklagten, an welchen das seit der Eintragung der Vormerkung in Streit befangene Grundstück veräußert ist, zu verfolgen.

Weder das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch noch das preußische Ausführungsgesetz dazu enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß die Vormerkung des bisherigen preußischen Rechtes mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in eine Belastungsform des neuen Rechtes übergehen soll. Es ist daher die Frage aufgeworfen und lebhaft umstritten: ob die Vormerkung des bisherigen preußischen Rechtes, welche gemäß § 10 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 zur Vollziehung eines Arrestbefehles zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek eingetragen ist, nach Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. von der Zeit an, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, als eine Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist — bezw. als eine Buchhypothek für eine bedingte Forderung oder als eine Sicherungshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches —, gilt (bejaht von Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ꝛc 3. Aufl. S. 505, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 24 Lit. C a, Niedner, Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche 2. Aufl. S. 408e), oder ob sie als ein Anspruch aus einem Schuldverhältnisse, welcher nach den bisherigen Gesetzen durch Eintragung in ein öffentliches Buch Wirksamkeit gegen Dritte erlangt hat (Art. 179 Einf.-Ges. zum B.G.B.), oder als ein Recht, mit dem eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches belastet ist (daselbst Art. 184), zu gelten hat.

Vgl. Jahrb. der Entsch. des Kammerger. Bd. 22 S. 178.

Hier braucht eine Antwort nicht gegeben zu werden, weil die Entscheidung gleichförmig ausfallen muß, mag gemäß Art. 192 das

neue Recht, oder gemäß Artt. 179. 184 das bisherige Recht zur Anwendung kommen.

Iſt aus der Vormerkung eine gewöhnliche Buchhypothek neuen Rechtes geworden (Art. 192 Abſ. 1 Satz 1 Einf.-Geſ. zum B.G.B.), ſo iſt durch ihre Eintragung in Verbindung mit der Umwandlung für den Kläger als Gläubiger der Anſpruch begründet, daß ihm die eingetragene Geldſumme nebſt den eingetragenen Zinſen aus dem mit der Vormerkung belaſteten Grundſtücke des Beklagten zu ſeiner Befriedigung wegen der vorgemerkten Forderung zu zahlen iſt (§ 1113 B.G.B.). Die Befriedigung erfolgt aus dem Grundſtücke im Wege der Zwangsvollſtreckung (§ 1147 B.G.B.), welche auch in der Zwangsverſteigerung und Zwangsverwaltung beſtehen kann (§ 866 C.P.O.). Da die Zwangsvollſtreckung nur auf Grund eines gegen den eingetragenen Eigentümer ergangenen vollſtreckbaren Titels ſtattfindet (§§ 704. 794 C.P.O., Zwangsvollſtreckungsgeſetz vom 24. März 1897 §§ 16. 17), der Beklagte aber als eingetragener Eigentümer des belaſteten Grundſtückes die Zwangsvollſtreckung dulden muß, iſt der principale Antrag des Klägers begründet. Die Urkunde vom 8. März 1899, in welcher ſich der perſönliche Schuldner R. nach der Veräußerung des belaſteten Grundſtückes der ſofortigen Zwangsvollſtreckung in ſein Vermögen unterworfen hat, kann den vollſtreckbaren Schuldtitel, welcher zur Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück des Beklagten erforderlich iſt, nicht erſetzen. — Iſt aus der Vormerkung eine Buchhypothek für die durch ihre Feſtſtellung bedingte vorgemerkte Forderung oder eine Sicherungshypothek geworden, ſo muß zu ihrer Geltendmachung auch der Eintritt der Bedingung bezw. die Entſtehung der Forderung vom Kläger nachgewieſen werden. Dieſer Nachweis kann nicht nur durch ein gegen den Schuldner R. ergangenes, die Feſtſtellung bezw. die Entſtehung der vorgemerkten Forderung enthaltendes Urteil (auch durch ein Anerkenntnis- oder Verſäumnisurteil), ſondern auch durch ein Anerkenntnis des perſönlichen Schuldners erbracht werden. Mit der notariellen Urkunde vom 8. März 1899 hat der Kläger ein Anerkenntnis der Forderung, abgegeben vom perſönlichen Schuldner R., beigebracht; denn die Anerkennung einer Forderung läßt ſich kaum deutlicher und ſtärker ausdrücken, als dadurch, daß der Schuldner den Ceſſionar des urſprünglichen Gläubigers als ſeinen perſönlichen Gläubiger anerkennt und ſich zugleich der ſo-

fortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Der Beklagte würde zwar als Eigentümer die Befugnis haben, die dem Schuldner R. gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend zu machen (§ 1137 B.G.B.); solche Einreden hat der Beklagte aber nicht vorgebracht.

Nicht minder erscheint der principale Klagantrag unter Anwendung des bisherigen preußischen Rechtes begründet. Durch die Vormerkung, auch wenn sie zur Vollziehung eines Arrestbefehles zur Eintragung gelangte, wurde ein hypothekarisches Recht mit dem Range der Stelle, an welcher die Eintragung erfolgte, begründet. Allerdings war dieses Pfand- und Vorzugsrecht nur ein vorläufiges, welches erst dann endgültige Existenz erhielt, wenn die Forderung, zu deren Sicherung der Arrest angeordnet war, festgestellt wurde.

Vgl. Gesetz vom 13. Juli 1883 § 10; Eig.-Erw.-Ges. § 22; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 26 S. 398.

Wie schon bemerkt, wurde durch das vom Schuldner R. in der Urkunde vom 8. März 1899 abgegebene Anerkenntnis die Bedingung erfüllt, unter welcher sich das durch die Vormerkung gesicherte bedingte Hypothekenrecht in ein unbedingtes verwandelte. Hierzu bedurfte es der Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek nicht.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 29 S. 187 flg.

Infolgedessen ist der Kläger als nunmehriger Hypothekengläubiger berechtigt, wegen seiner vorgemerkten und festgestellten Forderung aus dem belasteten Grundstücke Befriedigung zu fordern und sich den früher wie jetzt zur Zwangsvollstreckung erforderlichen, gegen den Beklagten als eingetragenen Eigentümer des belasteten Grundstückes sich richtenden, vollstreckbaren Schuldtitel mittels der dinglichen Klage, wie er sie erhoben hat, zu verschaffen (§ 37 Eig.-Erw.-Ges.), da er einen solchen Schuldtitel mit der Urkunde vom 8. März 1899 nicht schon erhalten hat.

Vgl. Turnau, Grundbuchordnung Bd. 1 S. 352 flg. Nr. 8 und S. 367 bis 369 zu e.

Dringt hiernach der Kläger mit seinem prinzipalen Antrage durch, so bedarf es des Eingehens auf die sich an den eventuellen Antrag knüpfende Frage nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen der Kläger vom Beklagten die Bewilligung der Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek verlangen darf."

29. Ist ein Börsentermingeschäft als Anschaffungsgeschäft zu verstempeln, wenn dasselbe in einem Geschäftszweige abgeschlossen ist, für welchen zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht beide Personen in einem Börsenregister eingetragen waren?

VII. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1901 i. S. U. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 185/01.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Zwischen der Klägerin und Julius Sch. ist wegen Lieferung von 25 Kreditaktien ein Geschäft abgeschlossen, welches unter die Börsentermingeschäfte des § 48 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 fällt. Zu dem wegen des Geschäftes am 28. Juni 1900 ausgestellten Prolongationsschlußscheine ist ein Stempel von 3 ℳ kassiert unter Anwendung von Tarifstelle 4 des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894, wonach Kauf- und Anschaffungsgeschäfte der näher bezeichneten, hier zutreffenden Art in der fraglichen Höhe stempelpflichtig sind. Die Klägerin, welche den erwähnten Stempelbetrag erlegt hat, fordert denselben mit der gegenwärtigen Klage zurück unter Aufstellung der von dem verklagten Fiskus eingeräumten Behauptung, daß beide an dem in Rede stehenden Geschäfte Beteiligte in das Börsenregister nicht eingetragen seien, und mit der Begründung, daß danach ein Kauf- und Anschaffungsgeschäft nicht vorliege, da der § 66 Abs. 1 des Börsengesetzes zur Anwendung komme, wo es heißt:

> Durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Personen zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen sind, wird ein Schuldverhältnis nicht begründet.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Vom Berufungsgerichte ist ausgeführt, nach dem Abs. 4 des angezogenen § 66 werde der Anspruch auf Rückleistung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäftes zu seiner Erfüllung geleistet worden, ausgeschlossen; damit werde eine Schuld des Leistenden anerkannt, und der betreffenden Forderung nur die Klagbarkeit versagt. Es liege ein Kaufgeschäft vor, wenn auch der rechtliche Zwang zu dessen Erfüllung

versagt werde. Erfolge die letztere, so gestalte sich nicht erst hierdurch die Abmachung zu einem rechtswirksamen Akte; vielmehr geschehe dadurch die Tilgung eines solchen bereits vorhandenen Geschäftes.

Der gegen diese Erwägungen erhobene Angriff erscheint hinfällig. Die unter den § 66 fallenden Börsentermingeschäfte, also Vereinbarungen, welche von Personen, die für den in Frage stehenden Geschäftszweig nicht ins Börsenregister eingetragen sind, mit dem Willen, daß auf Grund ihres Abkommens eine Lieferung erfolge, getroffen werden, stellen sich, wenn auch durch Abs. 1 das Zustandekommen eines Schuldverhältnisses ausgeschlossen wird, nicht als rechtlich völlig unerheblich dar. Dadurch, daß der Abs. 4 solchen Geschäften die Eigenschaft der Erfüllbarkeit beilegt, erhalten sie eine rechtliche Bedeutung, welche für ausreichend erachtet werden muß, die Stempelpflichtigkeit solcher äußerlich völlig rechtswirksam erscheinenden Transaktionen als Kauf- und Anschaffungsgeschäfte zu begründen.

Ein fernerer Revisionsangriff ist darauf gestützt, daß das Gesetz, indem es die Wirksamkeit des Geschäftes davon abhängig mache, daß die Kontrahenten in das Börsenregister eingetragen seien, eine Form für den Geschäftsabschluß geschaffen habe, und daß daher, falls jene Voraussetzung fehle, nach § 125 B.G.B. Nichtigkeit eintrete. Auch dieser Angriff ist zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat schon ausgesprochen, daß es sich hier um eine Formvorschrift nicht handele, auch hinzugefügt, daß eventuell durch die Spezialvorschrift des § 66 Abs. 4 das Eintreten völliger Nichtigkeit ausgeschlossen werde. Diesen Ausführungen kann nur beigetreten werden."

---

30. 1. Können nach § 8 G.V.G. Richter wider ihren Willen auch an eine andere, nicht richterliche Stelle versetzt werden?

2. Steht Art. 63 des hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879, die Rechtsverhältnisse der Richter betreffend, wonach die unfreiwillige Versetzung eines Amtsrichters unter bestimmten Voraussetzungen während der ersten fünf Dienstjahre auch auf eine andere, nicht richterliche Staatsstelle zugelassen ist, mit § 8 G.V.G. in Widerspruch, und kann jene landesgesetzliche Bestimmung daher gemäß Art. 2 der

Verfassung des Deutschen Reichs rechtliche Geltung nicht in Anspruch nehmen?

III. Civilsenat. Urt. v. 18. Oktober 1901 i. S. des Amtsrichters E. (Kl.) w. Großherzogl. hess. Fiskus (Bekl.). Rep. III. 181/01.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Das Reichsgericht hat die erste Frage verneint und die zweite Frage bejaht aus folgenden

Gründen:

„Das hessische Gesetz, die Rechtsverhältnisse der Richter betreffend, vom 31. Mai 1879 enthält im VI. Titel unter der Überschrift „Unfreiwillige Versetzung an ein anderes Gericht oder eine andere Stelle" folgende Bestimmungen: „Art. 61: Die unfreiwillige Versetzung eines Richters an ein anderes Gericht kann, abgesehen von den im Gerichtsverfassungsgesetze § 8 Abs. 3 und im Einführungsgesetze zu demselben § 21 bezeichneten Fällen, auch dann verfügt werden, wenn thatsächliche Verhältnisse das Verbleiben des Richters auf seiner bisherigen Stelle mit den Interessen der Rechtspflege als nicht vereinbarlich erscheinen lassen und, daß dies der Fall sei, durch eine Plenarentscheidung des Oberlandesgerichts anerkannt worden ist.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts erfolgt auf Antrag der Staatsanwaltschaft.

Vor der Entscheidung ist in einer hierzu anzuberaumenden Verhandlung dem betreffenden Richter und der Staatsanwaltschaft mündliches Gehör zu gestatten.

Art. 62: Der Beschluß des Oberlandesgerichts hat sich auf den Ausspruch zu beschränken, daß der im Art. 61 vorgesehene Fall einer unfreiwilligen Versetzung vorliege.

Art. 63: Ein Amtsrichter kann unter der in Art. 61 Abs. 1 erwähnten Voraussetzung während der ersten fünf Dienstjahre auch auf eine andere, nicht richterliche Staatsstelle versetzt werden.

Das hierbei einzuhaltende Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Artt. 61 und 62.

Zur Verhandlung ist die Anwesenheit von wenigstens drei Vierteilen der Mitglieder nötig, von denen sich mindestens zwei Drittteile für Versetzung aussprechen müssen."

Kläger ist am 6. Februar 1895 als Amtsrichter angestellt worden, und das Großherzoglich hessische Oberlandesgericht zu Darmstadt hat auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch Plenarentscheidung vom 13. Januar 1900 beschlossen: „daß thatsächliche Verhältnisse vorliegen, welche das fernere Verbleiben des Großherzoglichen Amtsrichters E. auf seiner bisherigen richterlichen Stelle mit den Interessen der Rechtspflege als nicht vereinbarlich erscheinen lassen, und daß deshalb eine Versetzung desselben an eine nicht richterliche Stelle zulässig sei." Ausweislich der diesem Beschlusse beigefügten Entscheidungsgründe ging die Majorität des Oberlandesgerichts entgegen der Ansicht des Klägers, der die Rechtsgültigkeit des fraglichen Art. 63 bestritt, hierbei davon aus, daß dieser Art. 63 mit dem § 8 G.V.G. vom 27. Januar 1877 nicht in Widerspruch stehe, da der Abs. 1 dieses Paragraphen allgemein die Versetzung „an eine andere Stelle", also auch, wie die abweichende Wortfassung des Abs. 3 „Versetzungen an ein anderes Gericht" ergebe, an eine nicht richterliche Stelle zulasse, und, abgesehen hiervon, die Versetzung eines Richters an eine andere, nicht richterliche Stelle lediglich die in § 8 Abs. 1 G.V.G. vorgesehene unfreiwillige dauernde Enthebung vom Richteramte verbunden mit dem der Landesjustizverwaltung unbestreitbar zustehenden Recht, einen im übrigen noch arbeitskräftigen Richter auch in einer anderen angemessenen, nicht richterlichen Stelle zu verwenden, bezwecke. Auf Grund dieses Beschlusses ist Kläger durch mit landesherrlicher Ermächtigung ergangene Entschließung des Großherzoglich hessischen Ministeriums der Justiz vom 31. Januar 1900 als Hilfsgerichtsschreiber an das Großherzoglich hessische Amtsgericht zu Mainz versetzt worden. Infolgedessen hat Kläger, der diese Stelle nicht angetreten hat, am 4. Februar 1900 unter der Rubrik: „Betr. Gesuch des Gr. Hilfsgerichtsschreibers E. in U. um Versetzung in den Ruhestand" folgendes Gesuch an Großherzogliches Ministerium der Justiz gerichtet: „Großherzogliches Ministerium bitte ich unterthänigst um gnädigste Erwirkung meiner Versetzung in den Ruhestand unter Belassung meines seitherigen Titels „Amtsrichter". Ich behalte mir jedoch alle aus meinen bisherigen Dienstverhältnissen etwa noch bestehenden Rechte hiermit ausdrücklich vor." Hierauf erging ein landesherrliches Dekret vom 7. Februar 1900, durch welches angeordnet wurde, „unter Zurücknahme des Dekretes vom 31. Januar 1900 den Amtsrichter bei un-

serem Amtsgerichte U. Ernst E. mit der gesetzlichen Quote seines bisherigen pensionsfähigen Gehalts als Pension, über deren Betrag ihm eine besondere Verfügung zugehen wird, auf sein Nachsuchen, kraft dieses, in den Ruhestand zu versetzen", und das Großherzoglich hessische Ministerium der Justiz hat an demselben Tage unter der Rubrik „Gesuch des Gr. Amtsrichters Ernst E. in U. um Versetzung in den Ruhestand" folgendes Reskript erlassen: „Unter Bezugnahme auf das beifolgende Dekret, wodurch Sie vom 8. dieses Monats an in den Ruhestand versetzt worden sind, eröffnen wir Ihnen, daß die Ihnen gesetzlich gebührende Pension, auf Grund Ihrer achtjährigen Dienstzeit, auf 46 Prozent Ihres 3300 ℳ betragenden Gehaltes, mithin auf 1518 ℳ festgesetzt, und die Großherzogliche Hauptstaatskasse heute angewiesen worden ist, diese Pension vom obenbemerkten Tage an an Sie auszuzahlen. Das Ihnen zugegangene Dekret vom 31. vorigen Monats, durch welches Sie zum Hilfsgerichtsschreiber bei dem Großherzoglichen Amtsgerichte Mainz ernannt worden sind, wollen Sie, weil nunmehr gegenstandslos geworden, alsbald an uns zurücksenden." Dementsprechend hat Kläger mittels Berichtes vom 9. Februar 1900 das Dekret vom 31. Januar 1900 wieder zurückgesendet. Kläger hat sodann in Übereinstimmung mit dem von ihm am 4. Februar 1900 gemachten Vorbehalte durch im März 1900 erhobene Klage unter der Behauptung, daß seine Versetzung auf eine nicht richterliche Stelle als gesetzwidrig nichtig sei, und ihm daher nach wie vor der Anspruch auf das Gehalt eines aktiven Amtsrichters zustehe, den Unterschied zwischen dieser Besoldung und der bewilligten Pension, soweit es sich um die am 1. März 1900 fällige Rate handelt, eingeklagt und den Antrag gestellt, den Beklagten zur Zahlung von 148,50 ℳ nebst 4 Prozent Zinsen vom 1. März 1900 an zu verurteilen. Diese Klage ist gemäß dem Antrage des Beklagten, der einesteils behauptete, daß Kläger infolge der mit seinem Willen erfolgten Versetzung in den Ruhestand, welcher Einwilligung gegenüber der Vorbehalt rechtsunwirksam sei, den erhobenen Anspruch auf das Gehalt eines aktiven Richters nicht geltend machen könne, und der anderenteils den behaupteten Widerspruch zwischen Art. 63 des hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 und dem Gerichtsverfassungsgesetze bestritt, durch Urteil der I. Civilkammer des Großherzoglich hessischen Landgerichts zu Darmstadt vom 30. Mai 1900 kostenfällig

abgewiesen worden. Die von dem Kläger mit dem Antrage auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Verurteilung des Beklagten nach der Klagebitte eingelegte Berufung ist gemäß dem Antrage des Beklagten durch Urteil des I. Civilsenats des Großherzoglich hessischen Oberlandesgerichts zu Darmstadt vom 6. März 1901 als unbegründet kostenfällig zurückgewiesen worden. Die gegen dieses Urteil von dem Kläger mit dem Antrage auf Klagezusprechung eingelegte Revision ist für begründet zu erachten.

1. In formeller Beziehung ist die Revision nach § 547 Nr. 2 C.P.O., § 70 Abs. 3 G.V.G. und Art. 20 des hessischen Gesetzes, die Ausführung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes betreffend, vom 3. September 1878, sowie der Rechtsweg nach § 9 G.V.G. und Art. 16 des hessischen Gesetzes, die Besoldungen der Staatsbeamten betreffend, vom 9. Juni 1898 für zulässig zu erachten.

2. In materieller Beziehung kommt zunächst die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung in Betracht, daß Kläger mit seinem Willen in den Ruhestand versetzt worden sei, und daß derselbe daher einen Anspruch auf das Gehalt eines aktiven Amtsrichters nicht erheben könne. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht thatsächlich festgestellt, einesteils, daß der Kläger die von ihm nachgesuchte Versetzung in den Ruhestand nur für den Fall und nur unter der Bedingung gewollt hat, es werde auf dem von ihm einzuschlagenden ordentlichen Prozeßwege seine Anfechtung der Rechtsgültigkeit des Art. 63 des hessischen Richtergesetzes und des auf Grund dieser Gesetzesbestimmung gegen ihn durchgeführten Verfahrens erfolglos sein, und daß dieser mit dem Schlußsatze des Pensionsgesuches zum Ausdrucke gebrachte Wille des Klägers dessen Einverständnis mit einer unbedingten Pensionierung ausschließt, anderenteils, daß das Großherzogliche Ministerium der Justiz mit der Pensionierung einverstanden war und zugleich es dem Kläger überlassen wollte, seine von dem Ministerium unter allen Umständen für unbegründet gehaltenen Vorbehaltsrechte eventuell im Prozeßwege geltend zu machen. Wenn auf Grund dieser Feststellung das Berufungsgericht eine mit dem Willen des Klägers erfolgte, die vorliegende Klage ausschließende Versetzung in den Ruhestand verneint und daher diese auf Zahlung des Gehaltes eines aktiven Richters gerichtete Klage an sich — abgesehen von der Auslegung des § 8 G.V.G. — für zulässig hält

und deshalb die weiter vorgeschützten Repliken des Irrtums und des Zwanges einer Prüfung nicht unterzieht, so ist in dieser Entscheidung ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken.

3. Es ist daher für diesen Rechtsstreit die Auslegung des § 8 G.V.G. entscheidend. Denn wenn mit dessen Inhalt Art. 63 des hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 in Widerspruch steht, so kann letztere Bestimmung gemäß Art. 2 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871, wonach das Reich innerhalb des Bundesgebietes das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhaltes dieser Verfassung und mit der Wirkung ausübt, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. desselben in Civils. Bd. 3 Nr. 14 S. 33, Bd. 15 Nr. 9 S. 29, Bd. 19 Nr. 32 S. 180, Bd. 27 Nr. 25 S. 112, Bd. 29 Nr. 8 S. 26) Geltung nicht in Anspruch nehmen. Das Berufungsgericht ist betreffs der Auslegung des § 8 G.V.G. in Übereinstimmung mit dem Gericht erster Instanz davon ausgegangen, daß diese Gesetzesbestimmung zwar sich nicht auf das Disciplinarverfahren im engeren Sinne beschränkte, sondern auch auf den Fall einer Versetzung oder Amtsenthebung im Interesse der Rechtspflege zu beziehen sei, daß ferner die Worte in Abs. 1 des § 8 G.V.G. „an eine andere Stelle" nicht (wie in den Gründen der Plenarentscheidung des Oberlandesgerichts angenommen worden ist) auch eine andere, nicht richterliche Stelle, sondern nur eine andere richterliche Stelle bedeuten, daß jedoch (was auch in jener Plenarentscheidung ausgeführt wurde) eine Versetzung an eine nicht richterliche Stelle als das Mindere unter den Begriff der im Abs. 1 des § 8 G.V.G. für zulässig erklärten dauernden Amtsenthebung der Richter falle. Diesen Ausführungen kann jedoch in letzterer Beziehung und also insoweit, als solche annehmen, daß Art. 63 des hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 mit § 8 G.V.G. nicht in Widerspruch stehe, nicht beigetreten werden.

a) Bei der Auslegung der Bestimmungen über das Richteramt im ersten Titel des Gerichtsverfassungsgesetzes ist hervorzuheben, daß dieselben in dem Entwurfe des Gesetzes sich nicht fanden, sondern erst durch den Reichstag auf den Vorschlag der Justizkommission desselben dem Gesetze eingefügt worden sind. Die Begründung des Entwurfes, vgl. Allgemeine Begründung. I. Die Aufgabe des Gerichtsver-

fassungsgesetzes im allgemeinen. Nr. 3, bei Hahn, Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz Abteilung 1 S. 26,

ging davon aus, daß bei dem fragmentarischen Charakter des Gerichtsverfassungsgesetzes der Entwurf davon Abstand nehmen mußte, allgemeine Vorschriften über die Besetzung der Gerichte mit juristisch gebildeten Richtern, über die Eigenschaften solcher Richter, über die rechtliche Stellung derselben und über die Stellvertretung zu treffen. Es waren demgemäß insoweit in dem Entwurfe nur Bestimmungen über die Richter bei dem Reichsgerichte enthalten, und bezüglich der Richter der einzelstaatlichen Gerichte der Landesgesetzgebung unbeschränkter Spielraum gelassen. Diese Regelung fand indessen nicht die Zustimmung des Reichstages, der vielmehr insbesondere ausweislich der Reden des Abgeordneten Dr. Gneist in der ersten und zweiten Lesung des Entwurfes,

vgl. Hahn, a. a. O. Abteilung 1 S. 231 und Abteilung 2 S. 1131,

daran festhielt, daß die allgemeinen Grundsätze über die politische Unabhängigkeit und Ständigkeit des deutschen Richterpersonals, insbesondere die Frage über die „gehörige Besetzung" des Gerichtes nicht als ein Teil der Regelung der dienstlichen Verhältnisse der Beamten zur Machtvollkommenheit der einzelnen Bundesstaaten, sondern als von jeher in Deutschland wesentlichste Grundlage jeder Prozeßgesetzgebung zur Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung gehöre. Dieser Auffassung ist der Bundesrat schließlich durch Annahme des Entwurfes eines Gerichtsverfassungsgesetzes in der von dem Reichstage in dritter Lesung beschlossenen Fassung beigetreten. Die in dem ersten Titel des Gerichtsverfassungsgesetzes enthaltenen Vorschriften sind daher Schranken für die einzelnen Bundesstaaten bei Regelung der Rechtsverhältnisse der Richter. Diese Schranken bestehen aber nur insofern, als die Unabhängigkeit der Richter nicht über das im Gerichtsverfassungsgesetze gegebene Maß eingeengt werden darf. Keineswegs ist dagegen die Landesgesetzgebung gehindert, diese Unabhängigkeit in größerem Umfange zu gewähren (wie z. B. in Preußen nach dem Gesetze vom 26. März 1856 und ebenso in Hessen nach dem Gesetze vom 31. Mai 1879 die zeitweise Amtsenthebung als Disciplinarstrafe nicht besteht). Die Principien des erwähnten Titels sind in § 1 („die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt") und in § 6 („die Ernennung der Richter erfolgt

auf Lebenszeit") enthalten. Eine Beschränkung derselben enthält § 8 G.V.G.:

„Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in Ruhestand versetzt werden.

Die vorläufige Amtsenthebung, welche kraft Gesetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt.

Bei einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke können unfreiwillige Versetzungen an ein anderes Gericht oder Entfernungen vom Amte unter Belassung des vollen Gehaltes durch die Landesjustizverwaltung verfügt werden."

Diese Sonderbestimmung ist daher wegen dieses ihres singulären Charakters einschränkend auszulegen.

b) Mit dem Berufungsgerichte ist davon auszugehen, daß § 8 G.V.G. sich auf alle Gründe der Entfernung eines Richters aus dessen Amt durch Enthebung oder Versetzung bezieht, einerlei ob dieselben dem Disciplinarverfahren angehören, oder in den Interessen der Rechtspflege ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Richters gefunden werden. Dies geht aus der ganz allgemeinen Fassung des Abs. 1 hervor und wird bestätigt durch die in Abs. 3 (vgl. § 21 Einf.-Ges. zum G.V.G.) vorgesehene Ausnahme, welche gerade durch die Interessen der Rechtspflege als geboten betrachtet wird. Auch in dem in dem Urteil erster Instanz angeführten Staatsrechte des Deutschen Reichs von Laband ist dies nicht bestritten. Denn auch nach diesem (3. Aufl. Bd. 2 § 91 Nr. II. 1 d S. 435) ist durch § 8 Abs. 1 G.V.G. ausgeschlossen, daß ein Richter wider seinen Willen „im Interesse des Dienstes", das heißt nach Belieben der Verwaltungsbehörden oder aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, versetzt oder aus dem Dienste entlassen werde, und tritt eine Ausnahme nur im Falle des § 8 Abs. 3 G.V.G. ein. Wenn auf derselben Seite an einer späteren Stelle hervorgehoben wird, daß die Tragweite des § 8 nicht soweit reiche, als sein Wortlaut zu sagen scheine, indem er sich nur auf ein disciplinarisches Einschreiten beziehe und die anderweiten Vorschriften über die unfreiwillige Versetzung oder Entlassung der Richter aus ihrem Amte unberührt lasse, z. B. das Ausscheiden eines Richters für den Fall eintretender Verschwägerung oder die Emeritierung von Richtern bei Erreichung eines

gewissen Lebensalters, so beweisen gerade diese Beispiele, daß bei der einschränkenden Auslegung des § 8 nur ein Thatbestand in das Auge gefaßt ist, dessen Verwirklichung gewissermaßen durch das Gesetz selbst eintritt,

vgl. in dieser Beziehung auch die sogenannte authentische Interpretation der Reichstagsjustizkommission bei Hahn, a. a. O. Abteilung 1 S. 753. 919,

und nicht die vorher als verboten erachtete Entlassung oder Versetzung nach dem Belieben der Justizverwaltung gemeint ist. Ob die von Laband und der Reichstagsjustizkommission angenommenen Ausnahmen von der Regel des § 8 Abs. 1 G.V.G. in der That bestehen, kann dahingestellt bleiben, da ein solcher Fall dermalen nicht vorliegt.

c) Es fragt sich weiter, ob § 8 Abs. 1 G.V.G. nicht die Bedeutung hat, daß die Amtsenthebung oder Versetzung eines Richters wider seinen Willen zwar nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, erfolgen kann, daß aber die Arten dieser Enthebung und Versetzung nicht fest bestimmt, sondern lediglich beispielsweise genannt sind, indem ja auch alsdann eine gewisse Unabhängigkeit der Richter von dem reinen Belieben der Justizverwaltung durch deren Gebundensein an einen richterlichen Ausspruch und an bestimmte gesetzliche Gründe und Formen gegeben sein würde. Allein schon die Wortfassung spricht gegen eine derartige Annahme. Denn § 8 Abs. 1 G.V.G. kennt nur ganz bestimmte Arten der Entfernung der Richter vom Amte durch Enthebung oder Versetzung; er besagt ausdrücklich, daß diese Arten (nämlich die zeitweise oder dauernde Enthebung vom Amte, die Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand) nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, erfolgen können. Hieraus ist, angesichts der in § 8 enthaltenen Ausnahme zu der in §§ 1. 6 enthaltenen Regel, zu schließen, daß andere Arten nicht gegeben sind und solche in Ermangelung positiver Gestattung als verboten anzusehen sind. Der Umstand, daß bezüglich der sonstigen, im ersten Titel des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht geregelten Rechts- und Disciplinarverhältnisse der Richter die Landesgesetzgebung freie Hand hat, ist in dieser Beziehung einflußlos.

d) Es kommt sonach darauf an, ob § 8 Abs. 1 G.V.G. die Ver-

setzung eines Richters an eine andere nicht richterliche Stelle gestattet hat. Mit dem Berufungsgerichte ist davon auszugehen, daß dies durch die Worte „an eine andere Stelle — versetzt werden" nicht geschehen ist. Diese Worte allein sind nicht maßgebend; vielmehr ist zu erwägen, daß es sich um Richter handelt, und diese ihre (nicht in ihrem persönlichen Interesse, sondern im Interesse der Rechtspflege verliehene) privilegierte Stellung einbüßen, wenn sie eine nicht richterliche Stelle erhalten. In Ermangelung einer entgegengesetzten positiven Bestimmung muß daher angenommen werden, daß unter der Stelle nur eine richterliche verstanden werden kann. Auch aus der Wortfassung des Abs. 1 gegenüber dem Abs. 3 in § 8 G.V.G. kann nicht geschlossen werden, daß im ersteren Falle (im Gegensatz zu letzterem) die Versetzung auf eine nicht richterliche Stelle gestattet sei. Wenn man sich lediglich an die Worte „an ein anderes Gericht" in Abs. 3 hält, so könnte danach ebenfalls die Versetzung eines Richters an eine nicht richterliche Stelle, allerdings nur bei einem Gericht, erfolgen (ebenso in der Übergangszeit nach § 21 Einf.-Ges. zum G.V.G. unter Beschränkung auf ein Gericht gleicher Ordnung). Daß dies aber nicht die Absicht des Gesetzes ist, ist noch nie bezweifelt worden, da die Zulässigkeit der Versetzung an eine nicht richterliche Stelle bei einem Gericht und die Unzulässigkeit einer solchen bei einer anderen Staatsbehörde sinnlos wäre, und da anderseits die Justizverwaltung in einem Falle, in welchem eine Entfernung vom Amte nur unter Belassung des vollen Gehaltes zulässig ist, wahlweise nicht die Befugnis zur Versetzung auf eine nicht richterliche Stelle erhalten haben kann. Allerdings hat bei den Beratungen der Reichstagsjustizkommission der Abgeordnete Dr. Grimm,

vgl. Hahn, a. a. O. Abteilung 1 S. 385,

den Standpunkt vertreten, daß im Abs. 1 die Worte „an eine andere Stelle" die Versetzung an eine andere, nicht richterliche Stelle zuließen, und in Abs. 3 die Worte „an ein anderes Gericht" lediglich die Versetzung an eine andere richterliche Stelle bedeuteten. Demzufolge hat dieser Abgeordnete, der im Falle des Abs. 3 die Versetzung auch an juristische Ämter außerhalb des eigentlichen Richterdienstes, z. B. an Stellen der Fiskale, gestatten wollte, beantragt, in Abs. 3 die Worte „an ein anderes Gericht" durch die Worte „an eine andere Stelle" zu ersetzen. Allein dieser Antrag wurde auf Widerspruch des Abge-

ordneten Reichensperger zurückgezogen, ohne daß aus den Protokollen der Reichstagsjustizkommission der Grund weder des Widerspruches noch der Rücknahme zu ersehen ist. Dieser Vorgang hat daher bei der Auslegung des Gesetzes außer Betracht zu bleiben.

Es kann aber auch nicht mit dem Berufungsgerichte davon ausgegangen werden, daß die Versetzung auf eine nicht richterliche Stelle als eine dauernde Amtsenthebung unter gleichzeitiger Übertragung einer nicht richterlichen Stelle anzusehen sei. Es wird hierbei die Einheitlichkeit des Staatsbeamtenverhältnisses verkannt. Eine Amtsenthebung setzt den Betroffenen außer jeder Beziehung zu dem Staat; eine Versetzung auf eine andere (richterliche oder nicht richterliche) Stelle thut dies nicht. Man kann nicht den Akt der Versetzung in zwei Teile zerlegen; der Versetzte war niemals abgesetzt, sondern steht immer im Dienste des Staates. Es ist deshalb auch nicht richtig, daß der Betroffene im Falle der Zulässigkeit einer solchen Versetzung (etwa wie bei der ersten Übertragung einer Dienststelle) die neue Stelle ablehnen könnte; denn in einem solchen Falle würde der Beamte seine Dienstpflichten verletzen. Derselbe kann höchstens, soweit dies zulässig ist (vgl. hessisches Edikt über die öffentlichen Verhältnisse der Civilstaatsbeamten vom 12. April 1820 Artt. 11. 12), sein Amt, auf das er versetzt ist, mit Verzichtleistung auf Gehalt und Titel niederlegen. Es ist auch nicht zuzugeben, daß die Versetzung an eine nicht richterliche Stelle im Verhältnis zu der Amtsenthebung das Geringere sei; denn das Geringere gegenüber der dauernden Amtsenthebung ist die zeitweise Amtsenthebung. Jene Versetzung ist vielmehr etwas prinzipiell Verschiedenes. Dieselbe hat zwar mit der dauernden Amtsenthebung den Verlust des Richteramtes gemein, überträgt aber dem Richter zugleich an Stelle des Ausscheidens aus dem Staatsdienst ein anderes Amt, dessen Verleihung der Betroffene unter Umständen, wie im vorliegenden Falle, als eine Kränkung empfindet. Wenn das Berufungsgericht in dieser Beziehung eine Degradation leugnet, so steht dies ebenfalls mit der unrichtigen Zerlegung der Versetzung eines Richters an eine nicht richterliche Stelle in zwei Teile (Enthebung vom Richteramt und Neuanstellung als nicht richterlicher Staatsbeamter) im Zusammenhang. Materiell ist eine Degradation jedenfalls in ausgeprägter Weise vorhanden, wenn man die Vorschriften über die Fähigkeit zum Richteramte (§ 2 G.V.G.; Art. 1

des hessischen Gesetzes, die Ausführung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes betreffend, vom 3. September 1878; hessische Verordnung, die Vorbereitung für den Staatsdienst im Justiz- und Verwaltungsfache betreffend, vom 30. April 1879) mit den in Hessen geltenden Vorschriften bezüglich der Ausbildung der Hilfsgerichtsschreiber an den Amtsgerichten (hessische Verordnung vom 14. Mai 1879 zur Ausführung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze § 11 Abs. 4; Bekanntmachung des Großherzoglich hessischen Ministeriums der Justiz vom 7. Januar 1899, den Vorbereitungsdienst und die Prüfung der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher betreffend) und die hessischen Vorschriften über die Besoldung der Amtsrichter einerseits und der Hilfsgerichtsschreiber an den Amtsgerichten anderseits (hessisches Gesetz vom 8. Juni 1898, die Besoldungen der Staatsbeamten betreffend), ganz abgesehen von dem Range, vergleicht. Zudem widerstreitet auch der Wortlaut des § 8 Abs. 1 G.V.G. der Auslegung des Berufungsgerichts; denn diese Vorschrift kennt eine dauernde Amtsenthebung nur im Sinne völliger Entlassung aus dem Staatsdienste und eine Versetzung nur an eine andere Richterstelle oder in den Ruhestand. Bei der Auslegung des Berufungsgerichtes müßte nach § 8 Abs. 3 G.V.G. bei der Entfernung vom Amte unter Belassung des vollen Gehaltes auch eine Versetzung auf eine nicht richterliche Stelle zulässig sein. Von einem der Landesjustizverwaltung unbestreitbar zustehenden Recht, einen im übrigen noch arbeitsfähigen Richter auch auf einer nicht richterlichen Stelle zu verwenden, ist daher keine Rede.

e) Auch innere Gründe sprechen dagegen, daß § 8 Abs. 1 G.V.G. die Versetzung eines Richters auf eine nicht richterliche Stelle zugelassen hat. Bei den daselbst, abgesehen von dieser Maßregel, zugelassenen Enthebungen und Versetzungen ist die richterliche Entscheidung neben den gesetzlichen Gründen und Formen die Hauptsache; die Justizverwaltung hat diese Entscheidung in gegebener Richtung gewissermaßen nur zu vollstrecken. Bei der Amtsenthebung und Versetzung in den Ruhestand ist dies ohne weiteres klar. Aber auch bei der Versetzung auf eine andere Richterstelle ist die Justizverwaltung, wenn sie auch die Auswahl der neuen Stelle hat, doch wesentlich dadurch gebunden, daß diese Stelle eben eine Richterstelle, also eine der früheren in der Unabhängigkeit gleiche Stelle sein muß. Ganz

anders ist dies bei der Versetzung auf eine nicht richterliche Stelle. Hier ist die Ausführung des Gerichtsbeschlusses die Hauptsache. Die Staatsverwaltung kann dem Richter eine (abgesehen von den richterlichen Prärogativen) gleich gute oder bessere Stelle, ebenso aber auch in dem weiten Bereich der Staatsbeamtenstellen (wie im vorliegenden Falle) eine bei weitem schlechtere Stelle übertragen; sie kann dem höchsten richterlichen Landesbeamten die niedrigste Unterbeamtenstelle verleihen. Daß der Art. 63 des hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 diese Befugnisse auf einen Teil der Amtsrichter beschränkt hat, ist für die Auslegung des § 8 Abs. 1 G.V.G., welches bezüglich der Minimalgrenzen der Unabhängigkeit nur einen deutschen Richterstand kennt, rechtlich gleichgültig, zumal da nichts eine Landesgesetzgebung hindern könnte, falls die Ansicht des Berufungsgerichts richtig wäre, gleiche Bestimmungen für alle Richter des betreffenden Bundesstaates zu erlassen. In einem derartigen Falle hat daher die richterliche Entscheidung, da das Gericht mit der Art der Ausführung seines Beschlusses nicht befaßt ist und demselben eine Beschränkung nicht beifügen kann, eine verhältnismäßig untergeordnete Bedeutung, das unbegrenzte Ermessen der Justizverwaltung wird zur Hauptsache. Es würde also bei Zulassung der Versetzung eines Richters auf eine nicht richterliche Stelle wider seinen Willen die Abhängigkeit der Richter von der Staatsverwaltung in bedeutendem Maße gesteigert werden.

f) Sodann spricht die Entstehungsgeschichte des ersten Titels bezw. des § 8 G.V.G. für das Verbot der unfreiwilligen Versetzung eines Richters auf eine nicht richterliche Stelle. Wie aus den Beratungen der Reichstagsjustizkommission sich ergiebt, ist § 8 G.V.G. dem Art. 87 der Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850 nachgebildet worden. Der Abgeordnete v. Puttkamer hat dies geradezu ausgesprochen bezüglich § g des Entwurfs = § 8 G.V.G. (Hahn, a. a. O. Abteilung 1 S. 385); ebenso hat der damalige preußische Justizminister gesagt, daß die §§ f—i des Entwurfs (§§ 7—11 G.V.G.) in Preußen geltendes Recht und die Kommissionsbeschlüsse gewissermaßen eine Übersetzung aus dem Preußischen ins Deutsche seien (Hahn, a. a. O. Abteilung 2 S. 1029). Der Art. 87 der preußischen Verfassungsurkunde lautet nun:

„Die Richter werden vom Könige oder in dessen Namen auf ihre Lebenszeit ernannt.

Sie können nur durch Richterspruch aus Gründen, welche die Gesetze vorgesehen haben, ihres Amtes entsetzt oder zeitweise enthoben werden. Die vorläufige Amtssuspension, welche nicht kraft des Gesetzes eintritt, und die unfreiwillige Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand können nur aus den Ursachen und unter den Formen, welche im Gesetze angegeben sind, und nur auf Grund eines richterlichen Beschlusses erfolgen.

Auf die Versetzungen, welche durch Veränderungen in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke nötig werden, finden diese Bestimmungen keine Anwendung."

Auch hier findet sich also der Ausdruck „unfreiwillige Versetzung an eine andere Stelle". Was darunter zu verstehen war, ergiebt die damals in Geltung befindliche preußische Verordnung vom 10. Juli 1849, betreffend die Dienstvergehen der Richter und die unfreiwillige Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand, deren vierter Abschnitt „Von der unfreiwilligen Versetzung an eine andere Stelle" handelt, und deren § 55 bestimmt, daß die unfreiwillige Versetzung nur in ein anderes Richteramt von gleichem Range und Gehalte erfolgen kann. An diesem Grundsatz hat man auch in dem preußischen Gesetze vom 7. Mai 1851, betreffend die Dienstvergehen der Richter und die unfreiwillige Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand, welches im vierten Abschnitt mit der Überschrift „Von der unfreiwilligen Versetzung an eine andere Stelle" unter § 53 die gleiche Bestimmung wiederholt, festgehalten. Endlich hat auch das preußische Gesetz vom 26. März 1856, betreffend einige Abänderungen des Gesetzes über die Dienstvergehen der Richter vom 7. Mai 1851 u. s. w., welches die Disciplinarstrafe der zeitweisen Entfernung von den Dienstverrichtungen aufhob und an Stelle derselben die Versetzung in ein anderes Richteramt von gleichem Range, jedoch mit Verminderung des Diensteinkommens (oder Geldbuße) und Verlust des Anspruchs auf Umzugskosten oder mit einem von beiden Nachteilen, hat treten lassen, die Versetzung an eine nicht richterliche Stelle ebensowenig eingeführt. Der in Preußen geltende Rechtszustand bestätigt also, daß in § 8 G.V.G. die Versetzung eines Richters wider dessen Willen an eine nicht richterliche Stelle nicht zugelassen ist.

g) Endlich ist auch nicht ohne Bedeutung, wie die deutsche

Reichsgesetzgebung über das Institut der Degradation eines Beamten, die durch die unfreiwillige Versetzung eines Richters auf eine andere nicht richterliche Stelle ermöglicht würde, sich ausgesprochen hat. Die Motive zu dem Entwurfe des Reichsgesetzes vom 31. Mai 1873, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (vgl. Drucksachen des deutschen Reichstags I. Legislaturperiode 3. Session 1872 Nr. 9 S. 42) haben die Degradation verworfen, weil sie der Amtsehre schadet, indem sie den Degradierten in den Augen des Publikums herabsetzt und die unteren Kategorien des Dienstes lediglich als Strafklassen erscheinen läßt. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Beratung der Entwürfe zu den Reichsjustizgesetzen diesen sogar hinsichtlich der nicht richterlichen Beamten eingenommenen Standpunkt bezüglich der als Grundlage der Rechtspflege bezeichneten richterlichen Unabhängigkeit verlassen haben sollte. Selbst wenn durch § 8 G.V.G. nicht ausgeschlossen sein sollte, daß ein Richter unfreiwillig auf eine niedrigere richterliche Stelle versetzt werden kann, so kann dies doch, angesichts der durch den erwähnten § 8 in Verbindung mit §§ 1. 6 G.V.G. gewährleisteten Unabhängigkeit der Richter, nicht mit der eine Degradation ermöglichenden Versetzung der Richter auf eine nicht richterliche Stelle in Vergleichung gezogen werden.

Nach alledem steht Art. 63 des hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 mit § 8 G.V.G. vom 27. Januar 1877 in Widerspruch, und kann jene Bestimmung daher gesetzliche Wirksamkeit nicht in Anspruch nehmen. Kläger hat also das Gehalt eines aktiven Amtsrichters in Hessen zu beziehen. Es war infolgedessen die Revision und die Berufung für begründet zu erachten, und unter Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile, wie geschehen, die Klage unter Kostenverurteilung des Beklagten zuzusprechen."

---

31. Erfüllungsort für den Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises aus einem wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung vom Käufer angefochtenen Kaufvertrage (§§ 119. 123 B.G.B.).

II. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1901 i. S. S. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. II. 219/01.

I. Landgericht Tilsit.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Die Entscheidung ist unten unter „Prozeßrecht" Nr. 109 S. 421 abgedruckt.

---

32. Ist nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für vorher erfolgte Defloration die Defrationsklage noch zulässig?

III. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1901 i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. III. 273/01.

I. Landgericht Lüneburg.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Entscheidung ist unten unter „Gemeines Recht" Nr. 49 S. 204 abgedruckt.

---

33. 1. Ist der als Konkursverwalter fungierende Notar rechtlich verhindert, Vertragsanträge, welche ein Dritter der Konkursmasse macht, notariell zu beurkunden?
Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 168 Satz 2. § 170 Nr. 1. § 171 Nr. 2.

2. Gilt ein so beurkundetes Vertragsangebot ohne weiteres als dem Notar in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter zugegangen, oder bedarf es dazu noch einer Zustellung?

3. Kommt ein bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag auch dann mit der nach § 128 B.G.B. erfolgten Beurkundung der Annahme zustande, wenn in dem gemäß § 128 beurkundeten Antrage ein bestimmter Tag oder eine bestimmte Frist, bis zu welchem oder bis zu deren Ablaufe der Antragende nur gebunden sein soll, gesetzt ist, und der Antragende bis zu diesem Zeitpunkte keine Kenntnis von der formgerechten Annahmeerklärung erhält?
B.G.B. § 152.

V. Civilsenat. Urt. v. 26. Oktober 1901 i. S. Konkursm. L. (Kl.) w. V. (Bekl.). Rep. V. 223/01.

I. Landgericht Duisburg.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Zur klagenden Konkursmasse gehört ein Grundstück. Der Konkursverwalter, ein Rechtsanwalt und Notar, hatte das Grundstück zunächst zur Versteigerung gestellt, in welcher der Beklagte das Meistgebot von 35000 ℳ abgab. Ein Zuschlag ist nicht erteilt. Demnächst erklärte der Beklagte zu Protokoll jenes Notars am 15. Juni 1900, daß er auf das Grundstück 35000 ℳ biete und sich sechs Wochen an dieses Gebot gebunden erachte. Dieses Protokoll ist erst am 8. Oktober 1900 für den Beklagten ausgefertigt worden. Am 26. Juli 1900 erklärte der Konkursverwalter (und Notar) zu Protokoll eines anderen Notars, daß er den Vertragsantrag des Beklagten für die klagende Konkursmasse annehme. Nach der Behauptung des Beklagten hat er von dieser Vertragsannahme erst am 29. Juli 1900 erfahren, während Klägerin behauptet, daß dem Beklagten sofort Mitteilung gemacht worden sei.

Klägerin verlangt Erfüllung des ihrer Ansicht nach zustande gekommenen Vertrages durch Zahlung des Kaufpreises und durch Entgegennahme der Auflassungserklärung.

Der erste Richter hat den Beklagten diesem Antrage gemäß verurteilt. In erster Instanz hatte der Beklagte nur eingewendet, daß der Konkursverwalter als solcher gemäß § 168 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht befugt gewesen sei, bei Aufnahme der Erklärung des Beklagten als Notar zu fungieren. Diesen Einwand hat der erste Richter verworfen. In der Berufungsinstanz ist der Beklagte auf diesen Einwand nicht wieder zurückgekommen, hat aber andere Einwendungen erhoben, unter anderen folgende: er habe dem den Konkurs verwaltenden Notar keinen Auftrag erteilt, das (sein Vertragsangebot enthaltende) Protokoll für den Konkursverwalter auszufertigen und diesem die Ausfertigung zuzustellen.

Das Protokoll und damit der Vertragsantrag sei in den Akten des Notars geblieben und niemals für den Konkursverwalter ausgefertigt oder ihm mitgeteilt worden. Diesen Einwand hat der Berufungsrichter für durchgreifend erachtet und demgemäß die Klage abgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin ist auf Aufhebung des Berufungsurteiles und auf Zurückverweisung der Sache erkannt aus folgenden

Gründen:

... „In der Beurteilung des in erster Instanz erhobenen Einwandes tritt der Berufungsrichter dem ersten Richter bei. Seine darauf bezüglichen Ausführungen, welche nicht zum Gegenstande besonderer Revisionsangriffe gemacht sind, sind richtig. Nach § 170 Nr. 1 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit darf als Notar bei der Beurkundung nicht mitwirken, wer selbst Beteiligter ist, sowie derjenige, für welchen ein Beteiligter als Vertreter handelt. Nach § 168 Satz 2 daselbst ist als Beteiligter im Sinne der §§ 169—182 derjenige anzusehen, dessen Erklärung beurkundet werden soll. Danach ist, wenn im Falle des § 128 B.G.B. zuerst der Vertragsantrag beurkundet, und erst später die Annahme zu besonderem Protokolle erklärt wird, bei letzterer Beurkundung der Antragsteller Nichtbeteiligter,

vgl. Schneider, Anm. 6 zu § 168; Jastrow, Notariatsrecht Bd. 1 S. 20 Anm. 5. S. 159 Anm. 2a,

und umgekehrt ist im gleichen Falle der, dem die Offerte gemacht wird, Nichtbeteiligter bei der Beurkundung des Vertragsantrages. Der § 168 Satz 2 bezieht sich nur auf die formale, nicht auf die materielle Beteiligung.

Vgl. Kom.-Ber. S. 53 flg. zu dem preußischen Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Nach § 171 Abs. 1 Nr. 2 Fr.G.G. kann bei der Beurkundung als Notar derjenige nicht mitwirken, zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird. Hier ist von der materiellen Beteiligung die Rede; aber als Beteiligter gilt hier im Gegensatze zu § 168 Satz 2 nicht der Vertreter, sondern der Vertretene. Daher ist „die Vorschrift des preußischen Notariatsgesetzes § 6 nicht aufgenommen, wonach der Notar in Angelegenheiten einer Partei, deren Generalbevollmächtigter er ist, keine beurkundende Thätigkeit ausüben darf. Der Generalbevollmächtigte wird gerade vermöge dieser Eigenschaft häufig zur Errichtung von Urkunden, an denen sein Machtgeber beteiligt ist, besonders geeignet sein, ohne dadurch das Vertrauen der übrigen Beteiligten einzubüßen"

Vgl. Denkschr. zum Reichsgesetze, Mugdan, Mat. Bd. 7 S. 82 flg.

Mit Rücksicht darauf wird im § 171 Abs. 2 Fr.G.G. in Übereinstimmung mit § 2235 Abs. 2 B.G.B. bestimmt, daß die Mitwirkung einer nach § 171 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ausgeschlossenen Person nur zur Folge hat, daß die Beurkundung insoweit nichtig ist, als sie eine Verfügung zu Gunsten dieser Person zum Gegenstande hat. Eine Begünstigung des Notars im Sinne des § 171 liegt aber in dem Vertragsantrage vom 15. Juni 1900 keinenfalls.

Rechtsirrtümlich ist dagegen der übrige Inhalt der Begründung des Berufungsurteiles. Es handelt sich nicht um einen Vertragsantrag, welchen der Beklagte dem abwesenden Konkursverwalter gegenüber gemacht hat, und es kann daher die Anwendung des § 130 B.G.B. nicht in Frage kommen. Der Berufungsrichter führt aus: „Bei der Beurkundung des Antrages hat der Konkursverwalter lediglich als Notar mitgewirkt. Dem Rechtsanwalt W. als Konkursverwalter gegenüber ist ein Vertragsantrag nicht abgegeben. Das notarielle Protokoll enthält nichts darüber, daß der Beklagte den Antrag dem Rechtsanwalte W. als Vertreter der klagenden Konkursmasse hat machen wollen. Demgemäß kann nur angenommen werden, daß die Erklärung zum Zwecke der Beurkundung vor dem Notar, nicht aber auch deshalb abgegeben ist, damit der Notar W. in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter die Erklärung entgegennehmen sollte. Kommt somit für die Beurkundung des Antrages der Notar als Konkursverwalter nicht in Betracht, so ist der Antrag so zu behandeln, als wenn er in Abwesenheit des Konkursverwalters abgegeben worden wäre. Der Antrag ist empfangsbedürftig, dem Konkursverwalter aber nicht zugegangen; denn letzteres hätte nur dadurch geschehen können, daß dem Verwalter eine Ausfertigung des notariellen Protokolles mit Willen des Beklagten übermittelt wurde. Dies ist aber unstreitig nicht geschehen." Es ist jedoch völlig unzulässig, eine physische Person hinsichtlich dessen, was sie vernimmt, in verschiedene Qualitäten zu zerteilen, sodaß sie das, was sie in einer Eigenschaft gehört habe, in der anderen nicht vernommen habe, oder so, daß sie in einer Eigenschaft anwesend, in der anderen abwesend sei. Der Notar, Rechtsanwalt und Konkursverwalter W. hat den Vertragsantrag vernommen, und das genügt.

Vgl. Planck, Anm. 1 zu § 130 B.G.B.

Aber auch wenn der Natur der Dinge zuwider angenommen werden

könnte, daß die physische Person W. bei dem Vertragsangebote als Konkursverwalter nicht anwesend gewesen sei, würde der Berufungsrichter sich im Rechtsirrtume bewegen, weil W. das Angebot vernommen hat, von der Form des Angebotes Kenntnis hatte, und nichts dafür vorliegt, daß er nach dem Willen des Beklagten sein Ohr habe verschließen sollen, derart, daß er als Konkursverwalter nichts hören sollte. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob eine solche Willensäußerung überhaupt die Natur der Dinge überwinden und von rechtlicher Erheblichkeit sein könnte. Nicht richtig ist auch, daß das Vertragsangebot nur dann als zugegangen angesehen werden könnte, wenn dem Konkursverwalter das notarielle Protokoll übermittelt worden wäre; vielmehr ist eine Willenserklärung dem Anderen dann zugegangen, wenn er von ihr Kenntnis erlangt.

Vgl. Hölder, Bürgerliches Gesetzbuch S. 291 flg.

Diese Kenntnis hat der Notar und Konkursverwalter W. im vorliegenden Falle dadurch erlangt, daß die Offerte vor ihm zu notariellem Protokolle erklärt wurde. Unter diesen Umständen kann die Untersuchung der Frage unterbleiben, ob schon die Möglichkeit, von der Erklärung unter regelmäßigen Verhältnissen Kenntnis zu erlangen, den Begriff des Zugehens erfüllt.

Vgl. Planck, Bd. 1 S. 164 flg.

Ist somit der Grund, aus welchem der Berufungsrichter die Klage abgewiesen hat, unhaltbar, so fragt sich, ob das Urteil sich aus anderen Gründen aufrecht erhalten läßt. Von den sonst erhobenen Einwendungen erscheinen zwei" (näher bezeichnete) „unerheblich.... Dagegen kann dem letzten Einwande des Beklagten, daß das Vertragsangebot erloschen sei, nicht jede Berechtigung abgesprochen werden. Die Annahme des Angebotes ist am 26. Juli 1900 in Abwesenheit des Beklagten erfolgt. Grundsätzlich kommt nach § 151 Satz 1 B.G.B. der Vertrag erst zustande, wenn die Annahmeerklärung dem Anbietenden zugeht.

Vgl. Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 1 S. 222.

Von dieser Regel macht § 152 Satz 1 eine Ausnahme für den Fall, daß der Vertrag (d. h. sowohl die Angebots- als auch die Annahmeerklärung) gerichtlich oder notariell beurkundet wird, ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind. Dann kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zustande, wenn

nicht ein Anderes bestimmt ist. In diesem Falle wird also angenommen, daß auf das Zugehen der Annahmeerklärung seitens des Antragenden verzichtet ist; aber diese Wirkung tritt nicht ein, wenn ein Anderes bestimmt ist. Eine solche Bestimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden (Rehbein, a. a. O. S. 223). Erklärt der Antragende, daß er an seinen Antrag nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte oder bis zum Ablaufe einer bestimmten Frist gebunden sein wolle, so liegt darin regelmäßig, d. h. wenn nicht aus dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Angebote, oder aus sonstigen Umständen ein Anderes erhellt, die Bestimmung, daß ihm die Annahmeerklärung bis zu jenem Zeitpunkte oder innerhalb jener Frist zugehen müsse, vgl. Hölder, Bürgerliches Gesetzbuch Anm. 3 zu § 152, daß er bis dahin Gewißheit über die Annahme seines Antrages haben wolle, widrigenfalls er an seinen Antrag nicht mehr gebunden sei.

Darüber, ob der Fall einer Ausnahme von dieser Regel vorliege, hat der Berufungsrichter bisher thatsächliche Feststellungen nicht getroffen, und es mußte daher die Zurückverweisung der Sache an ihn erfolgen." . . .

---

34. Kann aus einem acceptierten, wegen nicht erfolgter Zahlung protestierten gezogenen Wechsel, wenn dieser nach Erhebung des Protestes abhanden gekommen ist, nach Kraftloserklärung des Wechsels auf Grund des Ausschlußurteiles Regreß gegen den Aussteller genommen werden?

W.O. Art. 54.
C.P.O. § 1018 Abs. 1.

I. Civilsenat. Urt. v. 26. Oktober 1901 i. S. Reichsbank (Kl.) w. offene Handelsgesellschaft G. L. (Bekl.). Rep. I. 166/01.

I. Landgericht Ulm.
II. Oberlandesgericht Stuttgart.

Die Reichsbanknebenstelle zu Schw. war im Besitz eines Wechsels über 9497,58 ℳ, fällig am 12. Februar 1900, domiziliert bei der Königlich bayerischen Filialbank Schw., der von der Beklagten, der

Firma G. L. an eigene Order auf die Firma D. K. gezogen, von dieser acceptiert und, wie nicht bestritten ist, durch Indossament zunächst an die Bankkommandite Th. & Co. in U., von dieser an die Notenbank in St. und von letzterer an die Reichsbanknebenstelle in Schw. gelangt war. Diese ließ bei Verfall den Wechsel im Domizil zur Zahlung präsentieren und beauftragte, als Zahlung nicht erfolgte, den Gerichtsvollzieher M. mit der Erhebung des Protestes. Angeblich ist von M. darauf der vorliegende Protest am 13. Februar 1900 erhoben worden; der Wechsel ist aber nach der Protesterhebung bei dem Gerichtsvollzieher in bisher nicht aufgeklärter Weise verloren gegangen. Der Acceptant ist flüchtig; über sein Vermögen ist das Konkursverfahren eröffnet.

Auf Betrieb der Reichsbanknebenstelle in Schw. wurde von dem Amtsgericht daselbst durch Verfügung vom 16. Februar 1900 das Aufgebotsverfahren zum Zweck der Kraftloserklärung des Wechsels eingeleitet und der Aufgebotstermin auf den 29. September 1900 anberaumt. In diesem Termin ward der Wechsel durch Ausschlußurteil für kraftlos erklärt.

Bereits vorher erhob die Reichsbank im ordentlichen Verfahren Klage gegen die Firma G. L. als Ausstellerin (und erste Indossantin) des Wechsels und beantragte durch ihre am 10. Mai 1900 zugestellte Klage Verurteilung der Beklagten, an Klägerin zu Händen der Reichsbanknebenstelle Schw. gegen Aushändigung des Wechsels oder des diesen Wechsel für kraftlos erklärenden Ausschlußurteils 9555,11 ℳ nebst 6 Prozent Zinsen aus 9497,58 ℳ seit dem 19. Februar 1900 zu bezahlen, eventuell Feststellung einer entsprechenden Verpflichtung.

Der geforderte Betrag setzte sich zusammen aus der Wechselsumme, Unkosten, Provision und Zinsen seit dem Verfalltage. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen; die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Auf ihre Revision wurde Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Summe gegen Auslieferung des Ausschlußurteiles und des Protestes schuldig erkannt aus folgenden

Gründen:

... „In der Sache selbst hat das Berufungsgericht, wie bereits das Landgericht, dem Anspruch der Klägerin, also dem von ihr aus dem in Rede stehenden Wechsel gegen den Beklagten als Aussteller wegen nicht erlangter Zahlung erhobenen Regreß, die Anerkennung

versagt, weil der Wechsel verloren gegangen ist, der Regreßpflichtige aber nach Art. 54 W.O. nur gegen Auslieferung des Wechsels zu zahlen brauche, und die Wechselordnung allerdings, nämlich durch Art. 73, von dem gleichen, nach Art. 39 für alle Wechselschuldner geltenden Grundsatz in Ansehung des Acceptanten und des Ausstellers eines eigenen Wechsels, im übrigen jedoch keine Ausnahme mache. Beide Instanzgerichte haben erörtert, ob hierin durch die Vorschriften der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren eine Änderung getroffen sei, sind jedoch zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Frage verneint werden müsse.

Mit Recht wird hiergegen von der Revision eingewendet, daß diese Erwägungen mit den einschlagenden Bestimmungen der Wechselordnung und den ergänzenden Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht im Einklange stehen.

Durch die Civilprozeßordnung sind über die Amortisation von Wechseln Bestimmungen getroffen, die dahin gehen, daß der bisherige (letzte) Inhaber eines abhanden gekommenen oder vernichteten Wechsels die Kraftloserklärung beantragen kann, worauf diese dergestalt zu erfolgen hat, daß der Wechsel durch Ausschlußurteil für kraftlos erklärt wird (§§ 1003. 1004. 1017, früher §§ 837. 838. 848 C.P.O.). Die Wirkung aber wird in § 1018 Abs. 1 (früher § 850) bestimmt, und zwar dahin:

„Derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen."

Zu den aus der Urkunde Verpflichteten gehört in dem Falle, daß es sich um einen gezogenen, acceptierten und indossierten Wechsel handelt, nicht bloß der Acceptant, sondern auch der Aussteller und jeder, der den Wechsel indossiert hat. Dies ist ausgesprochen in Art. 81 W.O., wonach die wechselmäßige Verpflichtung den Aussteller, Acceptanten und Indossanten des Wechsels trifft, sowie einen jeden, der den Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mit unterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) benannt hat. Die Verpflichtung dieser Personen erstreckt sich auf alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat. Der Wechselinhaber kann sich wegen seiner ganzen Forderung an den Einzelnen halten; es steht in

seiner Wahl, welchen Wechselverpflichteten er zuerst in Anspruch nehmen will. Die hier ausgesprochene Verbindlichkeit, und zwar Wechselverbindlichkeit der im Wechselverbande stehenden Personen erlischt aber nicht etwa, wenn der Wechsel verloren geht; denn das Vorhandensein eines Wechselbriefes ist allerdings für das Entstehen, nicht aber für die Fortdauer der Rechte aus dem Wechsel die notwendige Grundlage. Dies ist, was die Verbindlichkeit des Acceptanten anlangt, unmittelbar aus Art. 73 W.O. zu entnehmen. Es gilt aber ebensowohl für den Aussteller wie für die Indossanten, und zwar folgt letzteres aus Art. 66 W.O., wonach unter der dort angegebenen Voraussetzung Remittent und Indossatare eines gezogenen Wechsels von dem Vormann die Ausstellung eines Duplikats verlangen dürfen, mag der ursprünglich ausgestellte Wechsel noch vorhanden sein, oder nicht. Allerdings wird dies in Art. 66 nicht mit ausdrücklichen Worten gesagt; die dort gegebene Bestimmung lautet jedoch ganz allgemein, ohne zu unterscheiden. Überdies fand sie sich bereits in dem preußischen Entwurf von 1847, der den Beratungen in Leipzig zu Grunde gelegen hat, in § 62, zu dem die Motive (Prot. der Leipziger Wechselkonferenz S. LXX) hervorheben, daß er dem Artikel 154 des rheinischen Handelsgesetzbuches (Code de commerce) nachgebildet sei; nach dem System des französischen Rechtes aber kann das Duplikat auch gefordert werden, wenn die verloren gegangene Prima acceptiert war.

Vgl. Bédarride, Droit commercial N. 437 S. 87.

Endlich lassen die Protokolle der Leipziger Konferenz (auf S. 133) erkennen, daß diese von der Voraussetzung, es dürfe ein Duplikat auch nach Verlust der Prima verlangt werden, ausgegangen ist. Danach ist nicht zu bezweifeln, daß das in Art. 66 vorgesehene Recht auch dann geltend gemacht werden kann, wenn der Wechselnehmer das größte Interesse daran hat, ein Duplikat zu erhalten, nämlich dann, wenn er den Wechsel verloren hat.

So: Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. § 166 Note 6; übereinstimmend: Wächter, Wechselrecht, § 78 VII; Borchardt, Wechselordnung, 8. Aufl. Zus. 645; Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts § 67; Grünhut, Wechselrecht Bd. 2 S. 327; Rehbein, Wechselordnung Anm. 2 a. E. zu Art. 73; Staub, Wechselordnung § 11 zu

Art. 66, sowie Urteil des Obergerichts Hamburg (Archiv für Wechselrecht Bd. 6 S. 214).

Ob und unter welchen Voraussetzungen nach Verlust des Wechsels auf Grund des Duplikats Protest mangels Zahlung erhoben und Regreß genommen werden kann,

vgl. hierüber Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. § 177 S. 716; Wächter, Lehmann a. a. O., Grünhut a. a. O. S. 328 Note 21,

insbesondere ob zum Regreß ein Duplikat auch dann ausreicht, wenn das verlorene Exemplar acceptiert war, soll unentschieden bleiben, weil diese Frage in dem vorliegenden Fall ohne Bedeutung ist. Von Interesse ist gegenwärtig nur der Nachweis, daß die Wechselordnung eine Bestimmung enthält, aus der zu entnehmen ist, daß durch den Verlust des Wechselbriefes die Wechselrechte gegen die Vormänner noch nicht erlöschen.

Danach würde der Wortlaut des § 1018 C.P.O. in Verbindung mit Art. 81 W.O. dahin führen, daß der Indossatar eines gezogenen Wechsels, der den Wechsel verloren hat, nach Erwirkung des Ausschlußurteils gegen jeden Vormann, unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Wechsel rechtzeitig protestiert war, Regreß nehmen kann, und daß ihm solches Recht auch dann zusteht, wenn der verlorene Wechsel schon acceptiert war. Diese Folgerung, die dem Wortlaut entspricht, würde nur dann nicht maßgebend sein, wenn anderweitige Vorschriften des Wechselrechtes im Wege ständen. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Allerdings ist aus dem preußischen Entwurf von 1847 und aus dessen Vorarbeiten zu entnehmen, daß dieser Entwurf den Regreß gegen die Vormänner im Falle des Verlustes des Wechsels nicht gewähren wollte. Es ist richtig, daß der erste Entwurf, von 1836, den Regreß in solchem Falle (unter Sicherungsmaßregeln) in §§ 155. 156 zuließ, da, wie die Motive S. 214 bemerken, „die Kontraktsverbindlichkeit höher steht, als das Schuldokument"; daß jedoch schon der revidierte Entwurf, von 1838, in § 170 aus einem abhanden gekommenen gezogenen bezw. eigenen Wechsel nur noch den Acceptanten bezw. Aussteller haften ließ, da, wie in den Motiven S. 56 gesagt wird, „die Bestimmungen der §§ 155. 156 des ersten Entwurfes zu Weiterungen führen, welche sich mit dem Wechselverkehr nicht vereinigen lassen, dem, welchem der Wechsel abhanden gekommen ist, nur

selten helfen, und in ihrer Anwendung unausbleiblich Verwirrungen und Übelstände verursachen, weshalb diese Bestimmungen ganz weggelassen worden sind". In den späteren Beratungen und Entwürfen ist hieran festgehalten, auch in der Vorlage von 1847, deren § 69 dem Art. 73 W.O. entspricht. Die Motive zu § 69 bemerken noch, daß die Verfolgung von Regreßrechten gegen die Vormänner ohne Vorlegung des Wechsels nicht zulässig sei (Prot. S. LXXI).

Diese Vorgänge sind jedoch nicht entscheidend; denn verboten ist der Regreß nach Verlust des Wechselbriefes weder ausdrücklich noch mittelbar. Die Wechselordnung hat sich vielmehr darauf beschränkt, in Art. 73 (der nach Art. 98 Ziff. 9 mit der dort erwähnten Maßgabe auch für eigene Wechsel gelten soll) die Amortisation eines abhanden gekommenen Wechsels zuzulassen und Bestimmung über die Inanspruchnahme des Acceptanten während der Dauer des Amortisationsverfahrens zu treffen. Ob daraus zu folgern ist, daß die Wechselordnung den Regreß bei Verlust des Wechsels nicht eröffnet hat, kann dahingestellt bleiben. Denn gegenwärtig würde diese Lücke durch die Bestimmungen der Civilprozeßordnung ausgefüllt sein, und diese sind aus sich zu erklären, während die aus der Entstehungsgeschichte der Wechselordnung mitgeteilten Kundgebungen auch die Bedeutung einer Erläuterung verloren haben. Die Civilprozeßordnung aber hat in den schon erwähnten §§ 1017 Abs. 1 und 1018 Abs. 1 Bestimmungen getroffen, die schon in den unverändert gebliebenen §§ 848 Abs. 1 und 850 der früheren Fassung enthalten und nach § 837 (jetzt 1003) ursprünglich in erster Linie für die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Artt. 301. 302 H.G.B. bezeichneten Urkunden bestimmt waren. Gegeben wurden sie, ebenso wie die einschlagenden Vorschriften über das Verfahren, im Anschluß an die Bestimmungen in Art. 73 W.O. und Art. 305 H.G.B. und mit Rücksicht auf die hohe Bedeutung jener Papiere für den Verkehr, die es, wie in der Begründung zu §§ 768 bis 791 des Entwurfes gesagt wird, nicht nur erwünscht, sondern geradezu indiziert erscheinen lasse, daß auf dem durch die Reichsgesetzgebung bereits geschaffenen Fundament gemeinschaftlich fortgebaut werde, „weil die gedachten reichsgesetzlichen Bestimmungen an die Einleitung des Verfahrens bestimmte wichtige Folgen knüpfen. Es sind danach für die bezeichneten Urkunden allgemeingültige und

zwingende Vorschriften, sowohl über die Bedingungen der Einleitung, überhaupt die materielle Grundlage, der Amortisation, als auch über die Wirkungen des Verfahrens gegeben worden."

Vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 479. In den Vorschriften über die Wirkungen (§§ 790. 791 des Entwurfes, §§ 848. 850, jetzt §§ 1017. 1018 des Gesetzes) ist mithin, wie auch bei der Beratung (ebendas. S. 885) anerkannt wurde, ein Satz des materiellen Rechtes ausgesprochen, dessen Inhalt dahin wiederzugeben ist, daß nach erwirktem Ausschlußurteil der Verlust der für kraftlos erklärten Urkunde nicht mehr hindert, die Rechte aus ihr geltend zu machen.

Gegenüber diesem Inhalt des § 1018 Abs. 1 C.P.O. kann ferner nicht anerkannt werden, daß nach ergangenem Ausschlußurteil der Regreß gleichwohl unmöglich sei, weil Art. 54 W.O. im Wege stehe. Allerdings hat auch dann, wenn der Wechsel für kraftlos erklärt worden ist, der Regreß nach Vorschrift der Wechselordnung zu erfolgen, und hierzu gehört, daß der Regreßpflichtige in die Lage versetzt werden muß, seinerseits weiteren Regreß nehmen zu können. Zu diesem Behufe kann er nach Art. 54 die Auslieferung des eingelösten Wechsels fordern. Aber wenn der Wechsel für kraftlos erklärt worden ist, kann die Auslieferung unterbleiben, weil es ihrer nicht bedarf. Durch den weiteren Regreß verfolgt der Indossant, der den Wechsel zurückerhalten hat, nicht abgeleitete, sondern seine eigenen, ursprünglichen Wechselrechte, die infolge der Weiterbegebung des Wechsels geruht hatten und nun wieder in Kraft treten. Letzteres geschieht jedoch nicht sowohl infolge der Wiedererlangung des Wechselbriefes, sondern wird bewirkt durch die Wiedereinlösung des Wechsels, d. h. durch die Zahlung der Wechselschuld. Und eine solche ist auch diejenige Zahlung, die nach Kraftloserklärung des Wechsels und auf die aus § 1018 C.P.O. gestellte Forderung seitens des Regreßpflichtigen geleistet wird. Hierdurch, also durch die Zahlung, tritt das Wechselrecht des Regreßpflichtigen wieder in Kraft und kann von ihm gegen seine eigenen etwaigen Vormänner, wie gegen den Acceptanten, wenn der verloren gegangene Wechsel schon acceptiert gewesen war, geltend gemacht werden. Zu diesem Behufe bedarf er des Wechsels nicht mehr; denn dieser ist für kraftlos erklärt; es genügt an Stelle desselben das Ausschlußurteil. Die Rechte aus diesem aber brauchen ihm nicht abgetreten zu werden;

denn er soll nicht die Rechte des Antragstellers, sondern seine eigenen verfolgen, und deshalb genügt die Aushändigung, sowie die Quittung, da hiermit nur der Nachweis geführt werden soll, daß nicht mehr der Antragsteller, sondern der Regreßpflichtige es ist, dem die Rechte aus dem verloren gegangenen Wechsel zustehen. Der Einwand, daß nicht auf Grund des Ausschlußurteils Regreß genommen werden könne, weil dieses allein den Antragsteller berechtige, und letzterer nur in der Lage sei, seine Rechte aus dem Urteil abzutreten, dies jedoch zum Regreß nicht genüge, ist deshalb nicht begründet.

Ebensowenig ist anzuerkennen, daß die Zulassung des Regresses zu unannehmbaren Folgerungen führen und deshalb nicht beabsichtigt gewesen sein könne. Das Berufungsgericht hegt das Bedenken, daß der Acceptant Gefahr laufen könne, zweimal zahlen zu müssen. In solche Lage würde derselbe jedoch nur kommen, wenn er Zahlung leistete, ohne sich das Ausschlußurteil ausliefern zu lassen, und wenn man annehmen müßte, daß er diese Zahlung nicht geltend machen dürfe, falls ein dritter legitimierter Inhaber des Urteils nochmals Zahlung verlangte. Allein alsdann würde der Verlust, der den Acceptanten träfe, nur eine Folge seiner eigenen Sorglosigkeit sein, die Möglichkeit einer solchen Unaufmerksamkeit aber nicht gegen die Zulassung des Regresses geltend gemacht werden können, da dieser eine wirkliche derartige Gefahr nicht in sich birgt. Denn wenn der Acceptant, wie von jedem achtsamen Menschen verlangt werden kann, nur gegen Aushändigung des Ausschlußurteiles Zahlung leistet, so ist er durchaus geschützt, was jetzt überdies noch aus § 1018 Abs. 2 C.P.O. zu entnehmen ist.

Dagegen ist allerdings ein anderer Übelstand mit der Zulassung des Regresses nach Verlust des Wechsels verbunden: der Regreßpflichtige erhält nicht das Beweismittel, das ihm der Wechsel gewährt. Das Ausschlußurteil kann hierfür keinen Ersatz bieten. Allein hieraus ist ein entscheidendes Bedenken nicht zu entnehmen. Für die Lösung der Aufgabe, welche Folgen das Ausschlußurteil haben soll, das einen verloren gegangenen Wechsel für kraftlos erklärt, bleibt nur die Wahl, entweder jeden Regreß abzuschneiden, oder ihn zuzulassen, selbst auf die Gefahr hin, daß der Regreßpflichtige, wenn er einen Vormann oder den Acceptanten in Anspruch nimmt, den Beweis, daß der in Rede stehende Wechsel den von ihm behaupteten Inhalt gehabt

habe und von dem Gegner gezeichnet sei, nicht mehr durch Vorlegung des Wechsels führen kann, sondern anderweitig erbringen muß. Wenn aber das Gesetz sich dafür entschieden hat, die Geltendmachung der Rechte aus der verlorenen Urkunde auf Grund des Ausschlußurteils ohne Einschränkung zu gestatten, so kann daraus, daß diese Lösung, die der Billigkeit zweifellos am meisten entspricht, auch einige Unzuträglichkeiten mit sich führt, die Befugnis, ihre Anwendung doch einzuschränken, nicht entnommen werden.

Endlich ist ein Einwand gegen die Anwendung des § 1018 C.P.O. auf den Wechselregreß nicht daraus herzuleiten, daß der Regreß in Fällen der vorliegenden Art nach Art. 78 Nr. 1 W.O. in drei Monaten verjährt, die Erwirkung eines Ausschlußurteils aber wegen § 1015 (früher § 847) C.P.O. einen Zeitaufwand von mehr als sechs Monaten erfordert. Denn der Indossatar, der den Wechsel verloren hat und Regreß zu nehmen beabsichtigt, braucht den Erlaß des Ausschlußurteiles nicht abzuwarten, sondern kann vorher Klage erheben. Ob zu diesem Behufe eine Feststellungsklage statthaft ist, kann unentschieden bleiben; jedenfalls ist die Klage auf Leistung gegen das zu erwartende Ausschlußurteil, die im vorliegenden Falle auch erhoben wurde, nicht zu beanstanden. Dem Indossatar ist es mithin stets möglich, die Verjährungsfrist zu wahren.

Aus den vorstehend erörterten Gründen ist die Annahme geboten, daß nach Erlaß des Ausschlußurteiles der Regreß stattfindet, und zwar lediglich mit den Abweichungen, die der Verlust des Wechsels und dessen Kraftloserklärung bedingt. Diese aber bestehen darin, daß die Aktivlegitimation des Wechselgläubigers durch das Ausschlußurteil endgültig festgestellt wird; daß der Inhalt des Wechsels und die Passivlegitimation des Regreßpflichtigen, da dies nicht mehr durch Vorlegung des Wechsels nachgewiesen werden kann, durch anderweitige Beweismittel dargelegt werden muß, aber auch darf; und daß gegen die Zahlung nicht mehr der Wechsel auszuliefern ist, sondern das Ausschlußurteil. Im übrigen sind die gewöhnlichen Bedingungen des Regresses nachzuweisen, insbesondere also die Protesterhebung, soweit solche erforderlich ist. Daß diese im vorliegenden Falle ordnungsmäßig erfolgte, ist vom Berufungsgericht einwandsfrei festgestellt, während über den Inhalt des in Rede stehenden Wechsels und darüber, daß Beklagte der Aussteller desselben ist, nach dem Thatbestande beider

Instanzurteile gar kein Streit geherrscht hat. Es liegen mithin alle Bedingungen für die Verurteilung der Beklagten vor, und es haben diese schon vor Erlaß des angefochtenen Urteils vorgelegen, da das Ausschlußurteil schon vorher erlassen war. Beklagte war deshalb schuldig zu erkennen, gegen Auslieferung des letzteren und des Protestes dem Klaganspruch zu genügen. Selbstverständlich ist ihr daneben eine Quittung einzuhändigen, die jeden einzelnen der verlangten Posten aufführt und erkennen läßt, daß die Zahlung für den in Rede stehenden und im Ausschlußurteil beschriebenen Wechsel geleistet worden ist." [1] . . .

---

35. 1. Hat der Geschäftsführer der Gesellschaft m. b. H., der zugleich Gesellschafter ist, ein klagbares Recht auf Anerkennung der von ihm aufgestellten Bilanz gegen die übrigen Gesellschafter?

2. Ist der Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, berechtigt, über die Feststellung der von ihm aufgestellten Bilanz seine Stimme abzugeben?

---

[1] In der Litteratur sind die Ansichten über die vorstehend erörterte Frage geteilt. Für die Bejahung haben sich ausgesprochen: v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechtes (1890) S. 204; Staub, W.O. 4. Aufl. (1901) Art. 73 § 19; Grünhut, Wechselrecht (1879) Bd. 2 S. 277; Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts 5. Aufl. (1897) Bd. 2 § 283 Nr. 12; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 5. Aufl. (1900) S. 277. Für die Verneinung: Brauer, W.O. (1851) Art. 73 Nr. 2; Braun, Lehre vom Wechsel (1868) S. 551; Volkmar u. Loewy, W.O. (1862) S. 255; Wächter, Wechselrecht (1869) S. 552; Hartmann, Wechselrecht (1869) S. 466; Renaud, Lehrbuch des Allg. D. Wechselrechts 3. Aufl. (1868) § 100 N. 23; Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. (1878) § 177 S. 715; Kreis, Lehrbuch des Wechselrechts (1884) S. 117; Brachmann-Kuntze in Endemann's Handbuch des Handelsrechts (1884) Bd. 4 Abt. 2 § 84 N. 3; Lehmann, Lehrbuch des D. Wechselrechts (1886) S. 270; Kremer, Lehr- und Handbuch des D. Wechselrechts (1892) S. 108; Rehbein, W.O. 6. Aufl. (1900) Art. 73 Anm. 2; Bernstein, W.O. (1898) Art. 73 Anm. § 4 B 2. a. β. Endlich haben den Regreß mangels Zahlung auf Grund des Ausschlußurteiles in beschränkter Weise für zulässig erachtet: Koch, Wechselrecht (1850) S. 287, gegen den Aussteller eines gezogenen Wechsels, aber nur gegen diesen; Jolly im Archiv für D. Wechselrecht Bd. 4 (1855) S. 20, nur gegen den Aussteller eines gezogenen Wechsels und auch gegen diesen nur dann, wenn der Wechsel noch nicht acceptiert und erst nach Erhebung des Protestes mangels Zahlung abhanden gekommen war; ähnlich Hoffmann in demselben Archiv Bd. 5 (1857) S. 301, sowie in seiner W.O. (1862) S. 541. D. E.

3. Ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gültig, daß bei Stimmengleichheit der Stichentscheid durch den Rechtskonsulenten der Gesellschaft zu geben ist?

4. Ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gültig, daß bei Veräußerung eines Geschäftsanteiles an einen Nichtgesellschafter den übrigen Gesellschaftern das Vorkaufsrecht zu dem Nominalbetrag der Stammeinlage des veräußernden Gesellschafters zustehen soll?

5. Haben die Gesellschafter ein unbeschränktes Recht auf Vorlegung und Einsicht der Geschäftsbücher der Gesellschaft nebst Beilagen und Belägen?

Gesetz vom 20. April 1892 a. F. §§ 15. 42. 46. 47 Abs. 1 Nr. 1, 5, 6. § 48 Abs. 4.

I. Civilsenat. Urt. v. 28. Oktober 1901 i. S. R. u. W. (Bekl.) w. K. & d'H. (Kl.). Rep. I. 208/01.

I. Landgericht Würzburg.
II. Oberlandesgericht Bamberg.

Die beiden Kläger waren die Geschäftsführer und zugleich Gesellschafter, die beiden Beklagten die beiden anderen Gesellschafter der durch Vertrag vom 23. April 1894 errichteten Gesellschaft m. b. H. K. & d'H. Bürgerliches Brauhaus Zell-Würzburg zu Würzburg. Der § 6 des Vertrages bestimmte, daß hinsichtlich der Veräußerung und Vererbung der Geschäftsanteile die gesetzlichen Bestimmungen entscheiden sollen, bei Veräußerung an einen Nichtgesellschafter aber den anderen Gesellschaftern das Vorkaufsrecht für den Nominalbetrag der Stammeinlage zustehen solle. Im § 9 wurde bestimmt, daß bei Stimmengleichheit der Ausschlag durch den jeweiligen Rechtskonsulenten der Gesellschaft als Schiedsrichter gegeben werden solle.

Die Kläger stellten für das Geschäftsjahr vom 1. Oktober 1898 bis zum 30. September 1899 Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung auf. In der zur Feststellung der Bilanz und Beschlußfassung über die Verteilung des Reingewinns anberaumten Generalversammlung vom 12. November 1899, in der außer den Klägern, ihrem Rechtsbeistand und dem Syndikus der Gesellschaft, Rechtsanwalt K., für die beiden Beklagten der Rechtsanwalt Dr. R. mit Vollmacht erschienen war, wurde die Bilanz vorgelegt, dem Bevollmächtigten der Beklagten

Abschrift derselben ausgehändigt, die Bücher und Beläge zur Einsicht unterbreitet, die verlangten Aufschlüsse erteilt, ihm schließlich jede beliebige Zeit zur Prüfung der Bilanz und Einsicht der Bücher gestattet. Der Vertreter der Beklagten lehnte darauf die Anerkennung der Bilanz und die Angabe von Gründen für diese Ablehnung ab, sodaß der Schluß der Versammlung erfolgte. Die Kläger wurden darauf mit Klage vom 4. Dezember 1899 dahin klagbar, die Beklagten zu verurteilen, die Bilanz mit dem sich nach derselben ergebenden Rohgewinnsaldo anzuerkennen.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und, widerklagend, I. die Kläger zu verurteilen, 1) den Beklagten oder einem von ihnen bestellten geeigneten Vertreter die Geschäftsbücher nebst Beilagen und Belägen vorzulegen, und deren Einsicht eine angemessene Zeit hindurch zu gestatten, 2) zu gestatten, daß die in der Bilanz für 1898/99 angeführten einzelnen Posten, insbesondere die dazu vorgeschlagenen Abschreibungen, auf ein der kaufmännischen Ubung und der Lage der Sache entsprechendes Maß zurückgeführt, und der aus diesen richtig gestellten Abschreibungen sich ergebende Gewinn in der nach richterlichem Ermessen festzustellenden Höhe unter die Gesellschafter, insbesondere die beiden Beklagten, verteilt werde; II. die Bestimmungen in den §§ 6 und 9 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages für nichtig und unwirksam zu erklären.

Gestützt wurden die Anträge darauf, daß dem Rechtsanwalt R. die Mitteilung einer Abschrift der Bilanz und die Einsicht der Bücher vor der Generalversammlung verweigert und in der Generalversammlung zur Prüfung und Einsicht keine ausreichende Zeit gewährt, die Bilanz auch unrichtig sei. Die Beklagten behaupteten namentlich, daß die Biervorräte, die Maschinen, die Lagerfässer, das Inventar, die Pferde durch übertriebene Abschreibungen zu niedrig, und das Delkredere-Konto zu hoch angesetzt seien.

Die Kläger widersprachen dem und machten gegenüber der Widerklage geltend, daß dieselbe nur gegen die Gesellschaft zu richten sei.

Nach Vernehmung eines Sachverständigen über die aufgestellte Bilanz und Beweisaufnahme über den Hergang in der Generalversammlung vom 12. November 1899 erkannte der erste Richter nach der Klage und wies die Widerklage ab.

Auf die Berufung der Beklagten wurden vier neue Sachverständige

über die gegen die Bilanz erhobenen Bemängelungen vernommen, und sodann auf Zurückweisung der Berufung erkannt.

Auf die Revision der Beklagten ist unter Aufhebung des Berufungsurteils in Abänderung des ersten Urteils die Klage abgewiesen, die Abweisung der Widerklage aber aufrecht erhalten aus folgenden

Gründen:

„1. Das angefochtene Urteil hat, soweit es die Klage betrifft, aufgehoben werden müssen, weil die Klage überhaupt nicht statthaft ist.

Die Klage geht auf Anerkennung der von den Klägern als Geschäftsführern gemäß § 42 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. April 1892 a. F. aufgestellten Bilanz nebst dem sich daraus ergebenden Rohgewinnsaldo. In ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer könnten die Kläger die Anerkennung der Bilanz fordern, wenn die Bilanz ihrem Wesen nach die den Geschäftsführern obliegende Rechnungslegung enthielte. Es könnte dann gesagt werden, daß die Geschäftsführer ein Recht auf Rechnungsabnahme durch Anerkennung der Bilanz ebenso haben, wie jeder, der im Auftrage eines Anderen dessen Vermögen verwaltet. Aber die Bilanz dient zwar auch der Entlastung der Geschäftsführer, hat aber an erster Stelle den Zweck, in Erfüllung der der Gesellschaft gesetzlich obliegenden Pflicht (Art. 31 H.G.B.), das Verhältnis des Vermögens und der Schulden der Gesellschaft darzustellen. Dafür sind durch das Gesetz gewisse feste Regeln aufgestellt; aber zugleich ist für die Bewertung der einzelnen Vermögensgegenstände, die Beurteilung des wahrscheinlichen Werts und der Uneinbringlichkeit zweifelhafter Forderungen, der Notwendigkeit oder Nützlichkeit von Erneuerungsfonds, Reservefonds zur Deckung von gegenwärtigen und zukünftigen Verlusten, Unterstützung von Arbeitern und Beamten u. s. w. und für die Entscheidung, was danach als Gewinn oder Verlust und als verteilungsfähiger Gewinn anzusehen, dem freien Ermessen ein weiter Spielraum eröffnet. Dieses Ermessen ist ganz zweifellos nicht den Geschäftsführern, sondern der Gesamtheit der Gesellschafter dadurch übertragen, daß nach § 47 Nr. 1 des Gesetzes die Feststellung der Bilanz und des aus derselben sich ergebenden Reingewinns der Bestimmung der Gesellschafter durch Beschluß in ihrer Versammlung ebenso unterliegt, wie die Entlastung des Geschäftsführers (§ 47 Nr. 5). Die Geschäftsführer der Gesellschaft m. b. H. haben deshalb so wenig wie der

Vorstand einer Aktiengesellschaft ein klagbares Recht auf Feststellung einer bestimmten Bilanz und eines bestimmten Reingewinns, und es kann deshalb auch nicht davon die Rede sein, daß Streitfragen, wie sie hier zwischen den Parteien vorliegen, über die Bewertung der Biervorräte, die Abschreibungen auf Mobilien und Immobilien, die Höhe des Delkrederekontos, in einem Rechtsstreite zwischen den Geschäftsführern als solchen und einzelnen Gesellschaftern zum Austrag gebracht werden können, oder daß der Anspruch des Geschäftsführers auf Entlastung anders als gegen die Gesellschaft m. b. H. selbst durchgesetzt werden kann.

Der einzelne Gesellschafter hat, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, ein klagbares Recht auf Anfechtung einer durch die Mehrheit der Gesellschaft festgestellten Bilanz wegen offenbarer Verstöße gegen Gesetz oder Vertrag. Aber die Feststellung der Bilanz kann die Gesellschaft und der einzelne Gesellschafter nur auf dem Wege erreichen, den der Vertrag und das Gesetz vorschreiben. Hier verweist der Vertrag im § 9 auf die Bestimmungen des Gesetzes, das im § 47 Nr. 1. §§ 48. 49 diese Feststellung dem Beschluß der Gesellschafter überweist. Nach der Feststellung des Herganges in der Versammlung der Gesellschafter vom 12. November 1899 ist ein Beschluß über die Feststellung der Bilanz nicht zustande gekommen. Nach dem Inhalt des vorgetragenen Protokolls haben die Kläger ihre Stimme nicht abgegeben, wie sich aus der Bezugnahme auf § 48 Abs. 4 des Gesetzes ergiebt, von der Annahme ausgehend, daß sie kein Stimmrecht haben. Der Bevollmächtigte der Beklagten hat die Genehmigung der Bilanz verweigert. Ist der Standpunkt, den die Kläger in der Versammlung eingenommen haben, richtig, so folgt aus dem Hergang weiter nichts, als daß diese Bilanz nicht festgestellt ist, da alle abgegebenen Stimmen die Genehmigung verweigert haben (§ 48 Abs. 1 des Gesetzes). Nach dem Gesetz besteht nicht einmal eine Pflicht der Gesellschafter, ihre Stimme abzugeben; noch weniger kann eine Pflicht anerkannt werden, ihre Stimme in einem bestimmten Sinne abzugeben.

Demnach besteht für die Kläger, auch in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter ein klagbares Recht auf Anerkennung der Bilanz gegen die Beklagten als Gesellschafter, so wenig wie gegen die Gesellschaft als solche. Hätten die Beklagten allein über die Feststellung der

Bilanz abzustimmen, so bliebe nach dem Ergebnisse der Versammlung vom 12. November 1899 nichts übrig, als eine neue Bilanz aufzustellen, oder, wenn die Feststellung einer Bilanz nicht zu erreichen war, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen (§§ 60. 61 des Gesetzes).

Der Weg, den die Kläger durch die erhobene Klage eingeschlagen haben, war demnach unstatthaft. Er war aber auch nicht notwendig.

Das Reichsgericht trägt kein Bedenken, daß die Kläger als Gesellschafter befugt waren, in der Versammlung über die Feststellung der von ihnen als Geschäftsführern aufgestellten Bilanz abzustimmen. Die Feststellung der Bilanz allein entlastet sie nicht und soll sie auch nicht von einer Verbindlichkeit befreien; die Beschlußfassung über die Feststellung der Bilanz betrifft auch nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites gegenüber den Geschäftsführern als Gesellschaftern. Die Entlastung des Geschäftsführers erfolgt durch besonderen Beschluß (§ 47 Nr. 5 des Gesetzes), und ist unabhängig von der Genehmigung oder Ablehnung der Bilanz, weil die Feststellung des Ergebnisses der Geschäftsführung, wie es sich aus dem in der Bilanz enthaltenen Abschluß des Standes von Aktiven und Passiven ergiebt, keine Genehmigung der Geschäftsführung einschließt. Das Gesetz hält die Stellung des Geschäftsführers und des Gesellschafters so wenig für miteinander nicht vereinbar, daß es selbst den Fall vorsieht, daß alle Gesellschafter zugleich Geschäftsführer sind (§ 6 Abs. 3). Im Sinne dieses Gesetzes erscheint es nicht unvereinbar, daß der Geschäftsführer sein Stimmrecht als Gesellschafter bei der Beschlußfassung über die Feststellung der Bilanz ausübt, die ihm unmittelbar weder Rechte verschafft, noch von Pflichten entbindet.

Durften die Kläger aber in der Versammlung vom 12. November 1899 ihr Stimmrecht ausüben, so muß dies in einer neuen Versammlung nachgeholt und, wenn die Beklagten bei ihrem Widerspruch verbleiben, gemäß § 9 Abs. 2 des Vertrages verfahren werden, nach dem schon in der Versammlung vom 12. November 1899 hätte verfahren werden können. Danach soll bei Stimmengleichheit, die hier immer vorliegt, wenn die Kläger und die Beklagten dissentieren, da die Geschäftsanteile beider Teile gleichviel betragen (§ 48 Abs. 2 des Gesetzes), der Ausschlag durch den jeweiligen Rechtskonsulenten der Gesellschaft als Schiedsrichter gegeben werden. Dieser Rechts-

konsulent war in der Versammlung vom 12. November 1899 zugegen und hätte den Ausschlag geben und den Entscheid herbeiführen können, wenn man nicht von der irrigen Auffassung ausgegangen wäre, daß die Beklagten allein zur Abstimmung berechtigt seien. Denn die von den Beklagten gegen diese Bestimmung des § 9 erhobene Ausstellung ist unbegründet.

Die Bestimmung in § 9 Abs. 2 ist vorsorglich getroffen, obwohl zur Zeit der Errichtung des Vertrages die drei Gesellschafter zugleich die Geschäftsführer waren, und der Fall der Stimmengleichheit nicht vorkommen konnte. Sie verfolgt den Zweck, einen Entscheid in den Gesellschaftsangelegenheiten herbeizuführen, wo ein Mehrheitsbeschluß nicht zu erreichen, und doch, wie hier, ein Beschluß notwendig ist, um die Gesellschaftsgeschäfte fortzuführen. Daß eine solche Bestimmung gesetzlich zulässig, ist nicht in Zweifel zu ziehen. Nach § 46 des Gesetzes kommen die Vorschriften der §§ 47 flg. über die Rechte der Gesellschafter, ihre Ausübung durch Beschlußfassung und über die Entscheidung durch Mehrheitsbeschlüsse nur soweit zur Anwendung, als der Gesellschaftsvertrag nicht anders bestimmt. Der Gesellschaftsvertrag kann danach die Beschlußfassung und noch mehr den Stichentscheid einem Gesellschafter, einem Geschäftsführer oder den Geschäftsführern übertragen, auch wenn der Geschäftsführer nicht Gesellschafter ist. Aus dem Gesetz folgt nicht, daß der Stichentscheid nicht auch einem Dritten, außerhalb der Gesellschaft Stehenden übertragen werden könnte. Die Natur der Sache weist viel eher darauf hin, die Entscheidung durch einen dritten Unbeteiligten zuzulassen, dem ein objektives Urteil und ein unbeeinflußtes Ermessen eher zuzutrauen, als dem beteiligten Gesellschafter oder Geschäftsführer. Der Vertreter der Revisionskläger hat in der mündlichen Verhandlung dagegen geltend gemacht, der Rechtskonsulent der Gesellschaft werde von den Geschäftsführern allein bestellt und könne deshalb als Schiedsrichter nicht zugelassen werden. Aber daß der Rechtskonsulent der Gesellschaft von den Geschäftsführern allein bestellt werde, ist eine neue, in den Instanzen nicht aufgestellte Behauptung, ist aus dem Gesellschaftsvertrage nicht zu entnehmen, würde aber auch allein die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages in § 9 Abs. 2 nicht als ungültig und rechtsunverbindlich erscheinen lassen. Steht das Gesetz dem nicht entgegen, daß die Gesellschafter für den Fall,

daß ein Mehrheitsbeschluß in Gesellschaftsangelegenheiten nicht zu erreichen, den Entscheid einem Dritten übertragen, so können die Gesellschafter auch nicht gehindert sein, sich schon in dem Gesellschaftsvertrage über diesen Dritten zu einigen. Diese Einigung bindet notwendig jeden, der auf Grund dieses Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft beitritt.

Hiernach hat die Klage abgewiesen und dementsprechend unter Aufhebung des angefochtenen Urteils das erste Urteil abgeändert werden müssen.

2. Die Widerklage dagegen ist mit Recht abgewiesen. Für den Antrag der Beklagten auf Verurteilung der Kläger, die Berichtigung der Bilanz in den näher bezeichneten Punkten und die Verteilung des daraus sich ergebenden Gewinnes zu gestatten, und für den Antrag auf Nichtigkeitserklärung des § 9 des Gesellschaftsvertrages ergiebt sich dies aus den Darlegungen unter 1. von selbst. Fehlt es bisher an einem ordnungsmäßigen Beschluß der Gesellschafter über die Feststellung der aufgestellten Bilanz, so kann von Berichtigung der Bilanz und Feststellung einer anderen Gewinnquote nicht die Rede sein. Der Vertreter der Revisionskläger hat dies in der mündlichen Verhandlung auch nicht weiter in Zweifel gezogen.

Das Gleiche gilt von dem Antrage der Widerklage auf Verurteilung der Kläger, den Beklagten die Geschäftsbücher nebst Beilagen und Belägen vorzulegen und deren Einsicht eine angemessene Zeit hindurch zu gestatten. Es ist festgestellt und nicht mehr streitig, daß dem Bevollmächtigten der Beklagten in der Verhandlung der Gesellschafter vom 12. November 1899 die Geschäftsbücher nebst Beilagen behufs Prüfung der Bilanz und der Geschäftsführung zur Einsicht vorgelegt und auf längere Zeit zur Verfügung gestellt sind. In der Berufungsinstanz ist dann auch namens der Beklagten erklärt, daß dieser Antrag der Widerklage nur noch für die Zukunft aufrecht erhalten werde, da die Kläger in der Versammlung vom 12. November 1899 ihre gesetzliche Pflicht erfüllt hätten. Danach fehlte der Anlaß zu diesem Antrage. Soll er jetzt bedeuten, daß die Beklagten den Klägern als Geschäftsführern gegenüber für die Zukunft das unbeschränkte Recht in Anspruch nehmen, die Bücher jederzeit auch außerhalb der Versammlungen einzusehen, so ist er unbegründet, weil er viel zu weit geht. Ein solches Recht giebt dem einzelnen

Gesellschafter weder das Gesetz noch hier der Vertrag, der über die Büchereinsicht und die sonstigen Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung keinerlei Bestimmungen enthält, ersichtlich weil bei seinem Abschluß alle Gesellschafter Geschäftsführer waren. Nach § 47 Nr. 6 des Gesetzes haben die Gesellschafter über das, was zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung erforderlich oder ratsam, zu beschließen. Dem einzelnen Gesellschafter wird unter besonderen Umständen und auf Grund einer besonderen Sachlage im Einzelfalle das Recht auf Einsicht und Prüfung der Bücher auch außerhalb der Versammlungen und selbst gegen die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nicht versagt werden können; aber dies muß dann begründet werden. An solcher Begründung fehlt es hier gänzlich. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten denn auch die Revision bei diesem Punkte nicht weiter verfolgt.

Auch in der Beurteilung des Widerklagantrags auf Aufhebung des § 6 des Gesellschaftsvertrages war den Instanzrichtern beizutreten. Darf nach § 15 des Gesetzes vom 20. April 1892 die Abtretung von Geschäftsanteilen der Gesellschafter an die Genehmigung der Gesellschaft und noch an weitere Voraussetzungen geknüpft werden, so kann es nicht als dem Gesetz widersprechend erachtet werden, wenn der § 6 des Gesellschaftsvertrages bei Veräußerung eines Geschäftsanteils an einen Nichtgesellschafter den Gesellschaftern das Vorkaufsrecht zum Nominalbetrag des Anteils einräumt. Das ist etwas anderes als die vom Reichsgericht, weil eine Enteignung enthaltend, für unzulässig erklärte Bestimmung des Gesellschaftsvertrages einer Aktiengesellschaft, daß ein Aktionär gegen Abtretung seiner Aktien und Zahlung ihres Nominalbetrages ausgeschlossen werden könne. Die Gesellschaft m. b. H. kann mit Rücksicht auf ihre Zwecke ein berechtigtes Interesse haben, das Eindringen von anderen Personen als solchen, die den Gesellschaftsvertrag errichtet haben, oder deren Erben zu verhindern. Darauf beruht die Vorschrift des § 15 Abs. 5 des Gesetzes, die ganz allgemein gestattet, daß der Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Geschäftsanteilen an gewisse Voraussetzungen binde. Außerhalb des Sinnes und Grundes dieser Vorschrift liegt es nicht, die Abtretung von Geschäftsanteilen an Nichtgesellschafter durch eine Bestimmung zu erschweren, wie sie der § 6 des Gesellschaftsvertrages trifft." ...

36. Klage eines unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches aus einem Vereine ausgeschlossenen Mitgliedes auf Aufhebung dieses Beschlusses. Steht dem Richter neben der Prüfung, ob bei dem Beschlusse satzungsgemäß verfahren ist, auch eine sachliche Nachprüfung desselben in dem Sinne zu, ob ein triftiger Anlaß zur Ausschließung vorgelegen hat?

B.G.B. §§ 25—53.

IV. Civilsenat. Urt. v. 30. Oktober 1901 i. S. W. (Kl.) w. Gesellschaft Gr. C. (Bekl.). Rep. IV. 218/01.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte ist eine bereits vor dem 1. Januar 1900 errichtete, mit Korporationsrechten versehene und auf Pflege der Geselligkeit unter ihren Mitgliedern vorzugsweise abzielende Gesellschaft.

Der Kläger ist bis zum 20. Januar 1900 Mitglied derselben gewesen, durch Beschluß der Mitgliederversammlung von diesem Tage aber von der Mitgliedschaft ausgeschlossen.

Im jetzigen Rechtsstreite hat er diesen Beschluß als rechtsunwirksam angefochten. Von der Beklagten ist die Abweisung der Klage beantragt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten ist vom Oberlandesgericht abändernd auf Abweisung der Klage erkannt. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„1. Es fragt sich zunächst, nach welchem Rechte der Streitfall zu beurteilen ist. Das Oberlandesgericht erachtet das Bürgerliche Gesetzbuch für maßgebend. Dies entspricht dem Art. 163 Einf.-Ges. zum B.G.B., nach welchem auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden juristischen Personen von dieser Zeit an die Vorschriften der §§ 25—53. 85—89 B.G.B. Anwendung finden sollen.

Von dieser rechtlichen Grundlage aus erwägt das Berufungsgericht dann, daß es sich im vorliegenden Prozesse um die Entziehung der Rechte als Gesellschaftsmitglied, und somit um eine innere Angelegenheit der verklagten Gesellschaft handle, daß die Ordnung solcher

Angelegenheiten nach § 32 B.G.B. der Beschlußfassung in einer Mitgliederversammlung überlassen sei, für die Frage aber, unter welchen Voraussetzungen die Ausschließung eines Mitgliedes aus der Gesellschaft erfolgen dürfe, mangels eigener Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gemäß § 40 desselben die bezüglichen Bestimmungen der Gesellschaftssatzung maßgebend seien. — Diese Erwägung beruht auf zutreffender Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Unterstellung der Revision, daß es sich bei der Ausschließung eines Mitgliedes aus der Gesellschaft um ein Sonderrecht desselben handle, welches ihm laut der zwingenden Vorschrift des § 35 B.G.B. nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden dürfe, geht fehl. Denn ein Sonderrecht erfordert ein aus der Mitgliedschaft hervorgegangenes, von den Rechten der übrigen Mitglieder unterschiedenes Individualrecht eines Mitgliedes gegen die Gesellschaft,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 271,

und an diesem Erfordernisse fehlt es vorliegend.

2. Anlangend die danach gebotene weitere Frage, ob auf Grundlage der Satzung der verklagten Gesellschaft der von deren Mitgliederversammlung am 20. Januar 1900 gefaßte Ausschließungsbeschluß gegenüber dem Kläger rechtsbeständig ist, geht das Oberlandesgericht davon aus, daß ein Ausschließungsgrund nach § 41 jener Satzung nur dann vorliege, wenn ein Mitglied sich durch sein Betragen unwürdig mache, der Gesellschaft länger anzugehören, und daß für das Ausschließungsverfahren die §§ 9—14 in Verbindung mit § 41 derselben Satzung maßgebend seien. Dieser Ausgangspunkt giebt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß.

Bei der Erörterung der obigen Frage ist nun das Oberlandesgericht zu folgendem Ergebnisse gelangt. Es hat angenommen,

a) daß das bei der Ausschließung des Klägers beobachtete Verfahren den Bestimmungen der §§ 9—14 und 41 der Gesellschaftssatzung entspreche;

b) daß eine Nachprüfung, ob ein im Sinne des § 41 der Gesellschaftssatzung triftiger Anlaß zur Ausschließung gegen den Kläger vorgelegen habe, dem Richter nicht zustehe.

Diese Annahme ist von der Revision zu a wie zu b als rechtsverletzend angefochten. Die Angriffe erscheinen indes nicht begründet.

Zu a.

Das Ausschließungsverfahren ist, worüber kein Streit besteht, in den §§ 9—14. 41 der Gesellschaftssatzung dahin geordnet. Die Ausschließung gehört zum Geschäftskreise der Mitgliederversammlung. Letztere ist vom Vorstande aus dessen eigener Entschließung oder auf einen den Beratungsgegenstand genau bezeichnenden Antrag von zwölf Mitgliedern zu berufen; und zwar durch Anschlag im Vereinslokale und durch zweimalige Einrückung in den Offenbacher Anzeiger, wobei im Anschlage die Tagesordnung möglichst genau mitzuteilen, in der Einrückung auf diese Mitteilung zu verweisen ist. Zuvor hat der Vorstand das Mitglied, um dessen Ausschließung es sich handelt, zur schriftlichen Anzeige, ob es freiwillig austreten wolle, und, sofern es zur Berufung der Mitgliederversammlung kommt, zur Einreichung seiner Verteidigung aufzufordern. In der Mitgliederversammlung ist der den Ausschließungsantrag begründende Thatbestand und die eingegangene Verteidigung zu verlesen. Eine Diskussion findet nicht statt. Die Beschlußfassung erfolgt mittels geheimer Abstimmung der anwesenden Mitglieder. Zur Ausschließung ist eine Mehrheit von $^3/_4$ der Abstimmenden erforderlich.

Das Oberlandesgericht nimmt dann auf Grund des Gesamtergebnisses der Verhandlung und Beweisaufnahme an, daß die vorstehenden Formvorschriften bei der am 20. Januar 1900 stattgehabten Ausschließung des Klägers beobachtet seien. Es stellt den Sachverhalt im wesentlichen dahin fest. Der Vorstand teilte dem Kläger am 29. Dezember 1899 schriftlich mit, daß ein Ausschließungsantrag gegen denselben von 62 Mitgliedern eingegangen sei, und der Vorstand auf den Antrag eingehen wolle, und forderte zugleich den Kläger zur Erklärung seines freiwilligen Austrittes auf. Durch Schreiben vom 30. Dezember 1899 ersuchte der Kläger den Vorstand um Mitteilung des den Ausschließungsantrag begründenden Thatbestandes. Unterm 4. Januar 1900 erwiderte der Vorstand dem Kläger, es handle sich um die in öffentlicher Stadtverordnetenversammlung vom Kläger gegen den abwesenden Medizinalrat Dr. K. ohne zutreffende Gründe ausgesprochene Verdächtigung, und der Vorstand habe aus dem von mehr als der Hälfte der Mitglieder unterzeichneten Antrage die Überzeugung gewonnen, daß das Verbleiben des Klägers in der Gesellschaft in hohem Maße geeignet sein würde, deren Zwecke zu stören. Gleich-

zeitig wurde der Kläger zur Einreichung seiner Verteidigung aufgefordert. Am 5. Januar 1900 bat der Kläger nochmals, ihm behufs seiner Verteidigung den Wortlaut des Ausschließungsantrages mitzuteilen. Der Vorstand eröffnete ihm durch Schreiben vom 9. Januar 1900, daß zur näheren Darlegung und Ergänzung des am 4. mitgeteilten Thatbestandes auf mehrere Artikel der Offenbacher Zeitung (Nr. 304. 305 von 1899, Nr. 4. 5 von 1900) verwiesen werde. Eine Verteidigungsschrift des Klägers ging beim Vorstande nicht ein. In der von diesem frist- und formgerecht zum 20. Januar 1900 einberufenen Mitgliederversammlung wurde vom Vorsitzenden der Thatbestand des Ausschließungsantrages, wie solcher sich aus obiger Korrespondenz nebst den Zeitungsartikeln ergab, vorgelesen, und dabei mitgeteilt, daß infolge des von 62 Mitgliedern unterzeichneten und von 20 anderen unterstützten Ausschließungsantrages der Vorstand beschlossen habe, die Sache vor die Generalversammlung zu bringen. Alsdann wurde ohne Diskussion über den Antrag geheim abgestimmt, und von 90 anwesenden Mitgliedern stimmten 82 für, 6 gegen den Antrag, während 2 Stimmen ungültig waren. In dem so festgestellten Sachverhalte erblickt das Oberlandesgericht eine genügende Wahrung der Satzungsvorschriften.

Die thatsächlichen Unterlagen dieser Begründung erscheinen bedenkenfrei. In rechtlicher Hinsicht ist von der Revision gerügt, daß der § 41 der Gesellschaftssatzung verletzt sei. Die Rüge kann indes nicht für zutreffend gelten.

Die Revision macht besonders geltend, daß entgegen dem § 41 a. a. O. ein den Ausschließungsantrag begründender Thatbestand vom Vorstande weder vor der Mitgliederversammlung aufgestellt und dem Kläger behufs seiner Verteidigung mitgeteilt, noch in der Mitgliederversammlung zur Verlesung gebracht sei, und daß dieser Mangel nicht durch die vom Vorstande an den Kläger gerichteten Mitteilungen vom 4. und 9. Januar 1900, wie durch die in der Mitgliederversammlung erfolgte Verlesung der Korrespondenz zwischen Vorstand und Kläger und der darin angezogenen Zeitungsartikel ersetzt werde. Allein bei der Frage, ob die Formvorschriften der Satzung in den §§ 9—14. 41 gewahrt sind, bildet das Wesentliche nur der Gesichtspunkt, ob dem Kläger in dem Verfahren ein genügendes Gehör gegeben ist, d. h. ob eine Tagesordnung für die Mitgliederversammlung, die es

dem Kläger ermöglichte, den Grund der gegen ihn beantragten oder beabsichtigten Ausschließung zweifelsfrei zu erkennen und sich dagegen zu verteidigen, vom Vorstande aufgestellt, dem Kläger kundgegeben und in der Mitgliederversammlung zur Verlesung gebracht ist. Von diesem Gesichtspunkte aus darf in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht dasjenige, was vom Vorstande als Grundlage des Ausschließungsverfahrens dem Kläger wie der Mitgliederversammlung bezeichnet ist, für ausreichend erachtet werden, auch wenn hierbei ein eigentlicher Thatbestand, etwa im Sinne des Civil- oder Strafprozesses, zu vermissen ist. Insbesondere läßt sich in der Erwägung des Oberlandesgerichts, der Vorstand habe als zweifellos ansehen dürfen, daß der Kläger, falls es dessen überhaupt noch bedurft, die ihm vom Vorstande bezeichneten Zeitungsartikel auch wirklich lesen würde, nach Lage der Umstände ein Mangel der Begründung nicht erblicken.

Zu b.

In dieser Beziehung führt das Oberlandesgericht im wesentlichen aus, daß vorliegend, wo nach der Satzung der verklagten Gesellschaft das Ausschließungsverfahren und die Ausschließungsgründe geordnet seien, es sich bei der Ausschließung um einen der Selbstbestimmung und Selbstverwaltung der Gesellschaft überlassenen Willensakt derselben handle, und daß deshalb die sachliche Nachprüfung eines satzungsgemäß gefaßten Ausschließungsbeschlusses durch den Richter sich als ein unberechtigter Eingriff in die Rechtsstellung der Beklagten darstellen würde.

Diese Ausführung schließt sich an eine vom III. Civilsenat des Reichsgerichts in einem gemeinrechtlichen Falle am 27. März 1900 erlassene, in der Juristischen Wochenschrift von 1900 S. 417 abgedruckte Entscheidung an. In der letzteren ist erwogen, daß eine richterliche Nachprüfung der obengedachten Art einen Eingriff in die autonome Selbständigkeit der Vereine enthalten würde, und sie stellt sich dabei in bewußten Gegensatz zu der abweichenden, vom IV. Civilsenat des Reichsgerichts in preußischen Rechtsfällen geübten Praxis, indem sie darauf hinweist, daß diese Abweichung sich aus der Vorschrift des preußischen A.L.R. II. 6 § 44 erkläre, wonach ein staatliches Aufsichtsrecht mit Bezug auf die Ausstoßung von Mitgliedern aus Vereinen bestehe.

Nun handelt es sich vorliegend um einen nach dem Bürgerlichen

Gesetzbuche zu beurteilenden Rechtsfall, und die Revision macht geltend, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Frage auf dem gleichen Standpunkte stehe, wie das preußische Allgemeine Landrecht. Dem kann indes nicht beigetreten werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 32, daß die Angelegenheiten der Vereine, soweit sie nicht vom Vorstande oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschluß in einer Mitgliederversammlung geordnet werden, und es läßt in § 40 zu, daß mit Bezug auf den Gegenstand des § 32 in der Satzung dispositive Vorschriften getroffen werden. Damit ist, wie im gemeinen Recht, ein autonomes Recht der Vereine anerkannt. Ein diese Rechtsstellung beschränkendes Aufsichtsrecht des Staates im Sinne des preußischen Allgemeinen Landrechts ist in den §§ 25—53 B.G.B. nicht vorgesehen. Demzufolge würde, wie nach dem gemeinen Recht, so auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die sachliche Nachprüfung eines Ausschließungsbeschlusses der Mitgliederversammlung durch den Richter einen unberechtigten Eingriff in die autonome Verfassung der Vereine (§ 25 B.G.B.) enthalten. Für ein Festhalten an der dem preußischen Rechte entsprechenden Praxis ist deshalb vorliegend kein Raum."

---

37. Nach welchem Rechte sind die Unterhaltsansprüche des Kindes zu beurteilen, wenn die Ehe der Eltern vor dem 1. Januar 1900 geschieden war?

IV. Civilsenat. Urt. v. 30. Oktober 1901 i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. IV. 221/01.

I. Landgericht Stargard i. P.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter hat die Gründe seiner Entscheidung mit folgenden Worten eingeleitet:

Da die Ehe des Beklagten mit der Mutter des Klägers auf Grund der Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes geschieden ist, so bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person

der Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen (Art. 206 Einf.-Ges.). Nach den §§ 64. 65. 252 A.L.R. II. 2 hat der Beklagte dem Kläger anständigen, standesmäßigen Unterhalt nach Maßgabe seiner Vermögens- und Erwerbsverhältnisse zu gewähren. Auch nach der Scheidung müssen nach § 103 a. a. O. die Kosten der Erziehung hauptsächlich von dem Vater getragen werden, und nur von der für schuldig erklärten Mutter kann er dazu nach den §§ 104 flg. einen Beitrag verlangen. . . .

Auch die weiteren Ausführungen des Berufungsrichters lassen erkennen, daß er von der Annahme ausgeht, der hier streitige, vom Kläger gegen seinen Vater erhobene Alimentationsanspruch sei nicht bloß für die Zeit bis zum 31. Dezember 1899, sondern auch für die spätere Zeit lediglich nach den Vorschriften des älteren Rechtes und nicht nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen. Dieser Ausgangspunkt ist unrichtig. Das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes bezw. des Mündels zu sorgen, von denen die §§ 1627 flg., §§ 1684 flg. und die §§ 1793 flg. B.G.B. handeln, sind begrifflich verschieden von der in den §§ 1601 flg. ebenda geregelten Unterhaltspflicht. Was speciell die „Sorge für die Person" betrifft, so umfaßt dieselbe nach den §§ 1631. 1632 insbesondere das Recht und die Pflicht, die Kinder zu erziehen, zu beaufsichtigen, ihren Aufenthalt zu bestimmen und ihre Herausgabe zu verlangen. In den nachfolgenden §§ 1635. 1636 ist sodann für den Fall, wenn die Ehe der Eltern geschieden wird, vorgeschrieben, welchem Elternteile die Sorge für die Person des Kindes — vorbehaltlich der im Abs. 1 Satz 2 des § 1635 vorgesehenen abweichenden Anordnung des Vormundschaftsgerichtes — zustehen soll. Demgegenüber ist nun zwar im Art. 206 Einf.-Ges. zum B.G.B. angeordnet:

Ist auf Grund der bisherigen Gesetze eine Ehe geschieden . . ., so bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen. . . .

Mit den hier gebrauchten Worten „für die Person . . . zu sorgen" ist aber offenbar die in den §§ 1631 flg. B.G.B. näher bezeichnete „Sorge für die Person" gemeint, und es hat also danach — wie sich auch aus den Motiven S. 294. 295 ergiebt — nur bestimmt werden

sollen, daß das bisherige Recht soweit maßgebend bleibe, als es sich darum handele, welchem Elternteile die Sorge für die Person anzuvertrauen sei, während der Inhalt dieses Rechtes sich für die Zeit seit dem 1. Januar 1900 nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu richten habe. Aus dem Art. 206 Einf.-Ges. kann daher nicht hergeleitet werden, daß für die Entscheidung der Frage, ob und in welchem Umfange der Kläger Ansprüche auf Unterhalt gegen seinen Vater zu erheben berechtigt sei, lediglich das preußische Allgemeine Landrecht und nicht das Bürgerliche Gesetzbuch als maßgebend angesehen werden müsse. Dagegen ergiebt sich aus der rechtlichen Natur der auf Verwandtschaft beruhenden Unterhaltspflicht, welche nicht als eine einheitliche, sondern als eine fort und fort sich erneuernde und erst unter dem Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen zur Entstehung gelangende Verbindlichkeit aufzufassen ist, daß für die Beurteilung derartiger Ansprüche, soweit sie für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geltend zu machen sind, lediglich das neue Recht maßgebend sein muß.

Vgl. auch Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd 46 S. 67.

Eine hiervon verschiedene Frage ist die, ob für das Rechtsverhältnis der zum Unterhalte ihrer Kinder verpflichteten geschiedenen Eltern untereinander in dem Falle, wenn die Ehescheidung vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war, die Vorschriften des älteren Rechtes, oder die des Bürgerlichen Gesetzbuches (insbesondere also des § 1585) zur Anwendung zu bringen sein möchten. Diese Frage kann jedoch unerörtert bleiben, da es sich im Streitfalle nur um diejenigen Ansprüche handelt, welche Kläger seinem Vater gegenüber zu erheben hat." . . .

---

38. 1. Finden die Vorschriften des § 377 H.G.B. auch bei einem einseitigen Handelskaufe, namentlich dem Käufer gegenüber, der Kaufmann ist, Anwendung?

2. Was ist zur Anwendung des § 157 B.G.B. erforderlich? Ist insbesondere zur Feststellung einer Verkehrssitte der bloße Hinweis auf entsprechende handelsrechtliche Normen genügend?

II. Civilsenat. Urt. v. 1. November 1901 i. S. B. (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. II. 230/01.

I. Landgericht Posen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 18. Januar 1900 kaufte die verklagte Handlung L. B. zu S. von dem Kläger, dem Rittergutsbesitzer G. zu W., die von diesem auf seinem Gute zu erzielende „diesjährige Schmutzwolle" unter Leistung einer Anzahlung auf den vereinbarten Kaufpreis. Die verkaufte Wolle wurde am 16. März 1900 von dem Kläger an die Beklagte geliefert. Mit Schreiben vom nämlichen Tage zeigte die Beklagte dem Kläger an, daß die von ihm gelieferte Wolle nicht probemäßig ausfalle und den kontraktlichen Bedingungen nicht entspreche, daß sie, die Beklagte, insbesondere für 14 Pfund „Klunkern", die sie zurücksende, der Nässe wegen keine Verwendung habe, und daß auch die übrige Wolle sehr stark mit „Klunkern" besetzt sei. Kläger erhob Klage auf Zahlung des Restkaufpreises der Wolle, während die Beklagte Abweisung der Klage, und mittels Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Rückgabe der von ihr geleisteten Anzahlung und zur Zahlung von Lagergeld beantragte, indem sie unter anderem geltend machte: es sei zwischen den Parteien ein Kauf nach Probe abgeschlossen, die gelieferte Ware aber habe den Proben nicht entsprochen, sie sei viel feuchter und erheblich mehr mit Schmutz u. dgl. behaftet gewesen als die Proben. Der Kläger beantragte Abweisung der Widerklage, indem er das Vorliegen eines Kaufes nach Probe und das Vorhandensein der von der Beklagten gerügten Mängel bestritt. Das Landgericht erkannte den Anträgen der Beklagten, das Oberlandesgericht dagegen den Anträgen des Klägers gemäß. Das Berufungsgericht hat den behaupteten Mangel, daß die gelieferte Wolle einen zu großen Schmutzgehalt gehabt habe, als nicht vorliegend erachtet, bezüglich des Mangels der zu großen Feuchtigkeit derselben aber erwogen, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 16. März 1900 davon nichts erwähnt habe, daß die gelieferte Wolle feuchter oder schweißhaltiger sei als die Proben, obgleich gerade der Mangel einer zu großen Feuchtigkeit eine sofortige Anzeige erfordert hätte, daß es insoweit also an einer genügenden (rechtzeitigen) Mängelanzeige fehle, und daß daher die Beklagte diesen Mangel überhaupt nicht mehr geltend machen könne. Auf die von

der Beklagten eingelegte Revision ist dieses Urteil aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat den von der Beklagten erst im Laufe des Prozesses erhobenen Einwand, daß die ihr vom Kläger gelieferte Wolle in ihrer Gesamtheit zu feucht gewesen sei und in dieser Hinsicht dem Muster nicht entsprochen habe, als verspätet angesehen und daher die Begründung dieses Einwandes nicht weiter geprüft, weil die Beklagte von diesem Mangel nicht unverzüglich nach der Ablieferung dem Kläger Anzeige gemacht habe. Das Gericht hat diese Ansicht dahin begründet, daß, da ein einseitiges Handelsgeschäft vorliege, zwar nach dem Wortlaute des § 377 H.G.B. eine Verpflichtung des Käufers zur unverzüglichen Untersuchung und Mängelanzeige nicht bestehe; daß indes schon nach altem Handelsrechte in Theorie und Praxis stets angenommen worden sei, daß Treu und Glauben im Handelsverkehr es erforderten, daß ein Käufer, der eine Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht genehmigen wolle, dies dem Verkäufer anzeige und diese Anzeige nicht ungebührlich verzögere; daß dies umsomehr gelten müsse, wenn der Käufer ein Kaufmann sei, da der § 377 nicht eine Abschwächung der Pflichten der Kaufleute gegenüber dem früheren Rechte bezwecke, sondern nur die strikte Vorschrift der Untersuchungspflicht für Nichtkaufleute habe beseitigen wollen; daß die Mängelanzeige auch die gerügten Mängel angeben müsse, damit der Verkäufer wisse, aus welchem Grunde die Abnahme der Ware beanstandet werde ꝛc. Die gegen diese Ausführungen gerichtete Beschwerde der Revision erscheint als gerechtfertigt. Sofern das Berufungsgericht mit dieser allerdings nicht durchaus klaren Begründung hätte aussprechen wollen, daß auch nach dem 1. Januar 1900 beim Vorliegen eines einseitigen Handelskaufes die für den Käufer, namentlich denjenigen, der Kaufmann ist, bezüglich der Mängelanzeige gegebene Rechtslage die nämliche sei wie beim Vorliegen eines zweiseitigen Handelskaufes, daß insbesondere auf Grund des § 377 H.G.B. oder anderer handelsrechtlicher Normen Kaufleute Nichtkaufleuten gegenüber zur Beobachtung der in § 377 gegebenen Vorschriften bei Vermeidung der daselbst angedrohten Rechtsnachteile in gleicher Weise gesetzlich verpflichtet seien, wie Kaufleute untereinander beim Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufes, würde

diese Ansicht als eine rechtsirrtümliche zu bezeichnen sein. Was nämlich zunächst die Frage der unmittelbaren Anwendung des § 377 H.G.B. auf den gegebenen Fall betrifft, so rechtfertigt zwar die Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches (zu § 369 S. 241) die Beschränkung der nach Art. 277 H.G.B. a. F. auch bei einseitigen Handelskäufen anwendbaren Grundsätze des Art. 347 H.G.B. a. F. „auf den Verkehr unter Kaufleuten" damit, daß diese Änderung schon mit Rücksicht auf die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches geboten erscheine; denn wenn dieses den Käufer, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung habe, zur sofortigen Untersuchung der Ware nicht verpflichte, so dürfe auch im Handelsgesetzbuche nicht „einem Käufer, der nicht Kaufmann sei", eine solche Verpflichtung bloß deshalb auferlegt werden, weil er von einem Kaufmanne gekauft habe. Indes kann aus dieser Begründung, welche allerdings nur das Interesse des Käufers, der nicht Kaufmann ist, an einer Einschränkung der Bestimmungen des seitherigen Art. 347 H.G.B. berücksichtigt, nicht gefolgert werden, daß die neuen Vorschriften des § 377, durch welche diejenigen des Art. 347 a. F. vollständig ersetzt worden sind, auch für solche Fälle gelten sollen, in welchen der Kauf für den Käufer, nicht aber für den Verkäufer ein Handelsgeschäft ist, also nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt; denn eine solche Annahme würde dem Wortlaute der Bestimmungen des § 377, welche ausdrücklich nur für zweiseitige Handelsgeschäfte erlassen sind, sowie auch des § 345 n. F. direkt widersprechen. Überdies zeigen auch die oben hervorgehobenen Worte der Begründung, daß der Entwurf den Grundsatz des Art. 347 H.G.B. a. F. „auf den Verkehr unter Kaufleuten beschränke", daß der Gesetzgeber sich dessen bewußt war, daß nach der Fassung des (unverändert nach dem Entwurfe angenommenen) Textes des § 377 ein zwischen einem Nichtkaufmanne als Verkäufer und einem Kaufmanne als Käufer abgeschlossenes und somit nur einseitiges Handelsgeschäft nicht unter die Bestimmungen des § 377 falle. Hiernach kann also von einer unmittelbaren Anwendung der letzteren auf den vorliegenden Fall, in welchem nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Annahme des Berufungsgerichtes nur auf seiten der Beklagten ein Handelsgeschäft vorliegt, nicht die Rede sein. Die Anwendung anderer, noch geltender handelsrechtlicher Rechtsnormen aber kommt im gegebenen Falle überhaupt nicht in

Frage, insbesondere nicht diejenige des vom Berufungsgerichte erwähnten „alten Handelsrechtes", da das letztere mit dem am 1. Januar 1900, somit vor dem Abschlusse des streitigen Vertrages erfolgten Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 seine Geltung verloren hat. Der § 346 H.G.B. n. F. spricht aber nur von Vorgängen unter Kaufleuten. Da hiernach eine handelsrechtliche Norm über die Mängelrüge für Käufe, die nicht für beide Teile Handelsgeschäfte sind, überhaupt nicht gegeben ist, kann es sich nur fragen, ob etwa die Zurückweisung der fraglichen Mängelrüge als verspätet auf Grund der gemäß Art. 2 Einf.-Ges. zum H.G.B. vom 10. Mai 1897 in Handelssachen subsidiär zur Anwendung kommenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gerechtfertigt sei. In letzterem aber sind besondere Bestimmungen über eine Verpflichtung des Käufers zu einer unverzüglichen Untersuchung der gekauften Sache und zu einer unverzüglichen Mängelanzeige nicht enthalten. Der § 477 B.G.B. setzt nur eine kurze Verjährungsfrist fest. Es kann daher nur in Frage kommen, ob etwa der vom Berufungsgerichte erwähnte Grundsatz von „Treu und Glauben" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die von demselben angenommene Verpflichtung des Käufers und den von ihm an deren Nichterfüllung geknüpften Rechtsnachteil rechtfertige. In dieser Hinsicht ist lediglich § 157 B.G.B. maßgebend, wonach „Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Hiernach ist also in Fällen, in welchen bei einseitigen Haudelsgeschäften der Einwand der Verspätung einer Mängelrüge als Verletzung einer gemäß § 157 a. a. O. begründeten Vertragspflicht geltend gemacht wird, zu prüfen, ob der Kaufvertrag so auszulegen ist, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei solchen Geschäften eine alsbaldige Rüge des in Frage stehenden Mangels der gekauften Sache seitens des Käufers als eine vertragliche Verpflichtung desselben anzusehen ist, und die Unterlassung einer rechtzeitigen Mängelrüge als Verzicht hierauf und stillschweigende Genehmigung der Ware zu gelten hat. Eine solche Prüfung auf Grund des § 157 B.G.B. hat aber das Berufungsgericht im gegebenen Falle nicht vorgenommen und jedenfalls das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung der Beklagten zur unverzüglichen Rüge des fraglichen Mangels nicht nach Maßgabe dieser Bestimmung festgestellt. In letzterer Hinsicht genügte

namentlich nicht der Hinweis auf das „alte Handelsrecht"; vielmehr hätte außerdem in Betracht gezogen werden müssen, ob sich im Anschlusse daran eine Verkehrssitte, d. h. eine den Geschäftsverkehr beherrschende thatsächliche Übung, gebildet habe, gemäß welcher auch bei einseitigen Handelskäufen ein Käufer, namentlich ein solcher, der Kaufmann ist, die ihm abgelieferte Ware unverzüglich zu untersuchen und jeden einzelnen Mangel derselben unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen pflege. Indem das Berufungsgericht von einer solchen Prüfung und Feststellung abgesehen hat, scheint es die von ihm unterstellten handelsrechtlichen Normen allein für genügend gehalten zu haben, um daraufhin ohne weiteres eine den Vorschriften des § 377 H.G.B. entsprechende gesetzliche Verpflichtung des Käufers, wenigstens desjenigen, der Kaufmann ist, als gegeben anzunehmen. Da das Berufungsgericht hierbei aus der nach seiner Ansicht nach altem Handelsrechte begründeten Verpflichtung des Käufers, seine Nichtgenehmigung der Ware dem Verkäufer unverzüglich anzuzeigen, die weitere Verpflichtung desselben hergeleitet hat, hierbei auch bei Vermeidung der in § 377 a. a. O. angedrohten Rechtsnachteile jeden einzelnen Mangel der Ware anzugeben, — auf welch letzteren Punkt es im gegebenen Falle im Hinblick auf das die gelieferte Ware im allgemeinen beanstandende, aber den Mangel der zu großen Feuchtigkeit der gesamten gelieferten Wolle nicht besonders hervorhebende Schreiben der Beklagten vom 16. März 1900 besonders ankam, — hat es sogar eine noch erheblich strengere Verpflichtung des Käufers angenommen als der von ihm für seine Ansicht citierte Kommentar von Staub (zu § 377 H.G.B. Anm. 154 und 155), und daher hätte die Annahme dieser weitergehenden Verpflichtung jedenfalls noch einer besonderen Begründung durch den Hinweis auf eine entsprechende Verkehrssitte bedurft." ...

---

39. 1. Zwangsvollstreckung aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenen Urteile.

2. Umwandlung der Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechtes in eine Maximalhypothek des § 1190 B.G.B. gemäß Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B.

V. Civilsenat. Urt. v. 6. November 1901 i. S. St. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. V. 236/01.

I. Landgericht Beuthen O. S.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Auf dem Grundstücke des Beklagten ist für den Kläger im April 1899 eine Kautionshypothek von 15000 ℳ zur Sicherung der Ansprüche des Klägers aus dem Wechselverkehre mit dem Beklagten im Grundbuche eingetragen. Kläger hat gegen den Beklagten im Jahre 1900 im Wechselprozeß vollstreckbare Schuldtitel über 17000 ℳ nebst Zinsen und Kosten erlangt. Er hält sich auf Grund dieser Schuldtitel für berechtigt, vom Beklagten die Einwilligung zur Umwandelung der Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek von 13000 ℳ zu verlangen, und hat, da Beklagter seine Einwilligung zu erteilen verweigert, beantragt, ihn hierzu zu verurteilen. Auf Grund der in den Wechselprozeßurteilen gemachten Vorbehalte sind diese Prozesse im ordentlichen Verfahren anhängig geblieben. Die Klage wurde ab-, die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger gründet seinen Anspruch ausschließlich auf die in Wechselprozessen im Jahre 1900 ergangenen rechtskräftigen Urteile, durch welche der Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Wechselbeträge unter Vorbehalt seiner Rechte verurteilt ist. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß sich hieraus die Verpflichtung des Beklagten, als Eigentümer der für die zur Sicherung des Klägers eingetragene Kautionshypothek verhafteten Grundstücke seine Einwilligung in die Umwandelung der Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu erteilen, nicht herzuleiten ist.

Dem Berufungsgerichte kann allerdings darin nicht beigepflichtet werden, daß die gegen den Beklagten ergangenen Urteile, weil sie in Wechselprozessen unter Vorbehalt erlassen sind, materiell nur die Bedeutung von Zwischenurteilen hätten, und daß deshalb durch sie die Forderungen des Klägers gegen den Beklagten nicht endgültig festgestellt seien, aus ihnen also die Verpflichtung des Beklagten, die Umschreibung der Kautionshypothek in eine unbedingte endgültige Hypothek zu bewilligen, nicht hergeleitet werden könne. Denn auch unter Vor-

behalt erlassene Urteile sind in betreff der Zwangsvollstreckung als Endurteile anzusehen (§ 540 Abs. 3. § 599 Abs. 3 C.P.O.), wenngleich sie in einem weiteren Verfahren aufgehoben werden können. Wie unter Vorbehalt ergangene Urteile bisher (Gesetz vom 13. Juli 1883 § 6) zur Eintragung einer Zwangshypothek führen konnten,

vgl. Turnau, Grundbuchordnung Bd. 1 S. 321 Nr. 1a,

so waren sie auch geeignet, daß auf Grund ihrer die Umschreibungsbewilligung einer Kautionshypothek in eine endgültige Hypothek vom verklagten Schuldner gefordert werden konnte.

Es kann davon abgesehen werden, daß die Wechselurteile erst nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze (im September 1900) erlassen sind, und ob die Forderungen, über welche sich diese Urteile verhalten, was nicht festgestellt ist, in der Zeit vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind. Denn auch aus Urteilen, die vor dem 1. Januar 1900 rechtskräftig geworden, würde sich der Anspruch des Klägers nach diesem Zeitpunkte nicht mehr begründen lassen.

Die Kautionshypothek des Klägers gilt nach Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. seit dem 1. Januar 1900 als Sicherungshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches, und zwar als sog. Maximalhypothek im Sinne des § 1190 B.G.B. Hiermit hat sie Änderungen erlitten, die sich daraus ergeben, daß sich die bisherige Kautionshypothek von der Maximalhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches ihrem Inhalte und ihrer Wirkung nach wesentlich unterscheidet.

Die Kautionshypothek des preußischen Rechtes (§ 24 Eig.-Erw.-Ges.) war eine bedingte Hypothek, bedingt dadurch, daß für den Gläubiger Forderungen aus dem durch die Kaution gesicherten Geschäftskreise entstanden. Sie war auch ihrer Höhe nach unbestimmt, da der Betrag der entstehenden Forderungen sich bei der Eintragung nicht übersehen ließ. Die Kautionshypothek war nicht eine unbedingte Hypothek für bedingte oder künftige Forderungen, sondern das Hypothekenrecht selbst hing vom Bestehen von Forderungen ab. Soweit Forderungen nicht entstanden oder entstandene Forderungen getilgt wurden, erlosch die Hypothek. Der eingetragene Eigentümer wurde nicht gemäß § 64 Eig.-Erw.-Ges. berechtigt, sie auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen, da die Vorschriften der §§ 63 bis 66 Eig.-Erw.-Ges. auf Kautionshypotheken nach § 67 daselbst keine Anwendung fanden. Der Eigentümer konnte die erledigte

Kautionshypothek nur löschen lassen, und die noch eingetragenen Berechtigten rückten im Range vor. Durch die Entstehung von Forderungen wurde die Kautionshypothek in Höhe der Forderungen unbedingt, wurde sie zur endgültigen Hypothek. Wurden die Forderungen gegenüber dem Kautionsschuldner, sei es durch Anerkenntnis oder durch Urteil, festgestellt, so entstand für den Eigentümer, einerlei ob er der persönliche Schuldner war, oder nicht, infolge der dinglichen Haftung des Pfandgrundstückes die Verpflichtung, die Kautionshypothek als endgültige Hypothek gelten zu lassen und deren Umschreibung in eine endgültige Hypothek zu bewilligen, damit die außerhalb des Grundbuches bewirkte Änderung des Inhaltes der Hypothek auch im Grundbuche kundgegeben werden konnte. Wurde die Bewilligung verweigert, so konnte sie im Prozeßwege erzwungen werden; das ergehende Urteil ersetzte dann gemäß § 779 C.P.O. a. F. die Bewilligung.

Mit der Maximalhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches dagegen wird das Grundstück sogleich durch Eintragung zum vollen eingetragenen Höchstbetrage unbedingt belastet. Infolge davon, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten wird (§ 1190 Abs. 1), bleibt nur unbestimmt, wem die Maximalhypothek zusteht. Denn da die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Eigentümerhypothek nicht zu denjenigen gehören, welche durch § 1185 Abs. 2 von der Anwendung auf die Maximalhypothek als Sicherungshypothek (§ 1190 Abs. 3) ausgeschlossen sind, so steht die Hypothek, soweit Forderungen nicht entstehen, dem Eigentümer als Grundschuld zu (§§ 1163. 1177 Abs. 1). Bei der Maximalhypothek besteht also Ungewißheit nur darüber, ob sie oder zu welchem Betrage sie dem Gläubiger oder dem Eigentümer gebührt. Durch die Feststellung der Forderungen des Gläubigers wird die Maximalhypothek nicht zum Betrage der Forderungen zu einer unbedingten gewöhnlichen Hypothek; ihr Inhalt bleibt unverändert; sie bleibt, was sie war: eine Sicherungshypothek. Sie kann allerdings in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden (§ 1186), aber nicht auf Grund der bloßen Feststellung der Forderungen, sondern nur dadurch, daß gemäß §§ 877. 873 der Gläubiger sich mit dem Eigentümer über die Umwandelung einigt, und daß die Umwandelung in das Grundbuch eingetragen wird. Die Einigung kann zwar durch ein rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 C.P.O. ersetzt werden; aber eine Verpflichtung des Eigentümers, die

Umwandelung der Hypothek nach Feststellung der Forderungen zu bewilligen, ist im Gesetz nicht festgesetzt und läßt sich aus ihm nicht entnehmen. Der Kautionsgläubiger hat, wenn nicht in dem obligatorischen Vertrage, durch welchen die Verbindlichkeit des Eigentümers zur Bestellung der Maximalhypothek begründet, und welcher durch die Bestellung der Maximalhypothek erfüllt wird (sog. Kausalgeschäft), ein anderes bestimmt ist, in der Maximalhypothek erhalten, was er zu fordern hatte. Nur wenn die Verbindlichkeit des Eigentümers im Kausalvertrage in der Weise gesteigert ist, daß der Eigentümer für den Fall der Feststellung der Forderung zur Bewilligung der Umwandlung der Maximalhypothek in eine gewöhnliche Hypothek verpflichtet sein soll, kann die Einigungserklärung des sie verweigernden Eigentümers durch Klage erzwungen und ihr Ersatz durch Urteil erlangt werden. Aus einem Berichtigungsanspruche des Gläubigers läßt sich solche Verpflichtung des Eigentümers nicht herleiten; denn der Gläubiger kann unmöglich dadurch beeinträchtigt sein, daß er als Gläubiger der Maximalhypothek eingetragen bleibt (§ 894 B.G.B.). Ein Berichtigungsanspruch könnte lediglich beim Eigentümer dann in Frage kommen, wenn die Hypothek dem Gläubiger nur zu einem Teilbetrage gebührt, da sie dann zu dem überschießenden Betrage dem Eigentümer als Grundschuld zustehen würde. Auch aus der Bestimmung des § 866 C.P.O. läßt sich die Verpflichtung nicht entnehmen; denn danach kann der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung für seine vollstreckbare Forderung nur eine Sicherungshypothek, nicht (wie nach § 6 des preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883) eine gewöhnliche Hypothek erlangen, und für die weitere Befugnis des Gläubigers, im Wege der Zwangsvollstreckung die erlangte Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek umschreiben zu lassen, fehlt es an jedem gesetzlichen Anhalte.

Durch die Umwandelung der bisherigen Kautionshypothek in eine Maximalhypothek kraft des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. wird also nicht nur den nacheingetragenen Berechtigten die Hoffnung auf Vorrücken in eine bessere Stelle, worauf sie bisher rechnen durften, genommen, sondern auch, was hier allein in Betracht kommt, die Stellung des Kautionsgläubigers hat sich insofern verschlechtert, als er die Umschreibung der zur Maximalhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches gewordenen Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek nur

dann erreichen kann, wenn ihm der Eigentümer seine Bewilligung zugesagt hat.

In dieser verschlechterten Lage befindet sich auch der Kläger mit seiner Kautionshypothek, weil diese jetzt als Maximalhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt. Da er nicht behauptet hat, daß der Beklagte sich verpflichtet habe, die Umschreibung der Kautionshypothek in eine endgültige Hypothek für den Fall der Feststellung seiner Forderungen zu bewilligen, kann er diese Bewilligung seit dem 1. Januar 1890 im Prozeßwege nicht mehr erzwingen; denn seitdem hat er nur diejenigen Rechte, welche dem Gläubiger einer Maximalhypothek vom Gesetze beigelegt werden."

---

40. Unter welchen Voraussetzungen ist in dem Urteile auszusprechen, daß ein Ehegatte die Schuld an der Scheidung trägt? B.G.B. § 1574.

VI. Civilsenat. Urt. v. 11. November 1901 i. S. L. Ehefr. (Bekl.) w. L. (Kl.). Rep. VI. 172/01.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger begehrte die Verurteilung der Beklagten zur Herstellung des ehelichen Lebens, die Beklagte mit der Widerklage Scheidung der Ehe. Das Landgericht erkannte durch Urteil vom 28. Juni 1899 unter Abweisung der Widerklage nach dem Klagantrage. Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung des Klägers, mit der dieser ebenfalls die Scheidung der Ehe forderte, schied das Oberlandesgericht durch Urteil vom 23. April 1901 die Ehe sowohl auf die Klage wie auf die Widerklage und erklärte beide Teile für schuldig an der Scheidung. Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil, soweit dadurch die Ehe auch auf die Klage geschieden, und auch die Beklagte für schuldig an der Scheidung erklärt war, aufgehoben, und in der Sache selbst die Anschlußberufung zurückgewiesen worden. Es wurde dabei davon ausgegangen, daß das Berufungsgericht die vom Kläger zur Begründung seines Scheidungs-

antrages angeführten Thatsachen nicht für erwiesen angesehen hatte und zur Scheidung der Ehe auf Antrag des Klägers nur dadurch gelangt war, daß es unzulässigerweise einen Thatbestand zu Grunde gelegt hatte, auf den der Klagantrag überhaupt nicht gestützt worden war. Im übrigen aus den

Gründen:

... „Der Kläger hatte in der Berufungsinstanz über die von ihm ... behaupteten Thatsachen insoweit, als sie zur Begründung des Antrages dienten, auch die Beklagte für den schuldigen Teil zu erklären, dieser den Eid zugeschoben und hierzu geltend gemacht, daß jene Thatsachen eine doppelte Funktion hätten: einmal die des Scheidungsgrundes und dann die des Schuldgrundes; in letzterer Beziehung sei die Eideszuschiebung zulässig. Hiermit hat der Kläger augenscheinlich für den Fall, daß seinem Scheidungsantrage nicht entsprochen werden sollte, wenigstens so viel zu erreichen gesucht, daß auch die Beklagte für schuldig an der Scheidung erklärt werde. Allein dieser Beweisantrag kann zu einer Zurückverweisung der Sache in die vorige Instanz keine Veranlassung bieten, da seiner Berücksichtigung Vorschriften des materiellen Rechtes entgegenstehen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob ihm auch die Vorschrift in § 617 Abs. 2 C.P.O. entgegenstehen würde. Im § 1574 B.G.B. werden die Fälle geregelt, in welchen auszusprechen ist, daß ein Ehegatte die Schuld an der Scheidung trägt: nach Abs. 1 ist, wenn die Ehe aus einem der in den §§ 1565—1568 bestimmten Gründe geschieden wird, auszusprechen, daß der Beklagte die Schuld an der Scheidung trägt; nach Abs. 2 sind, wenn der Beklagte Widerklage erhoben hat, und auch diese für begründet erkannt wird, beide Ehegatten für schuldig zu erklären. Hiernach kann ein Ehegatte nur dann für schuldig erklärt werden, wenn der andere Ehegatte mit seinem Scheidungsantrag obsiegt. Dies ist die Regel. Hiervon macht Abs. 3 nur insofern eine Ausnahme, als der Ausspruch, beide Ehegatten seien schuldig, auf Antrag des Beklagten auch ohne Erhebung einer Widerklage zu erfolgen hat, wenn der Beklagte auf Scheidung klagen könnte. Diesem Falle ist der Fall gleichgestellt, daß das Recht des Beklagten, Scheidung zu fordern, durch Verzeihung oder Zeitablauf ausgeschlossen, der Verlust des Scheidungsrechtes aber erst nach Entstehung des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes eingetreten ist. Jene Bestimmung steht

dem Kläger nicht zur Seite. Zwar würde es keinem Bedenken unterliegen, sie, entgegen ihrem Wortlaute, auch zu Gunsten der Klagepartei auf den Fall anzuwenden, daß zunächst auf Eheherstellung geklagt und von dem verklagten Teile Widerklage auf Scheidung erhoben worden ist. Ihrer Anwendung steht aber im vorliegenden Falle entgegen, daß der Kläger die Scheidung gefordert hat. Nach der dem § 1449 des ersten Entwurfes gegebenen Begründung ist jene Vorschrift aus der Erwägung entstanden, daß der Beklagte, der seinerseits die Scheidung ebenfalls zu verlangen berechtigt ist, nicht vor die Wahl gestellt werden darf, entweder die Widerklage zu erheben, oder die Nachteile auf sich zu nehmen, die den allein für schuldig erklärten Ehegatten treffen. Dieser Zweck entfällt, wenn der Beklagte Widerklage erhoben hat. Für diesen Fall will Abs. 3 eine Bestimmung überhaupt nicht treffen; er ist bereits in Abs. 2 geregelt dahin, daß, wenn die Widerklage für begründet erkannt wird, auch der Kläger für schuldig zu erklären ist, daß, wenn sie nicht für begründet erkannt wird, eine solche Erklärung nicht erfolgen kann. Es ist dies nur eine Folge des Umstandes, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Entscheidung über die Schuldfrage ein notwendiger Bestandteil des Scheidungsurteiles ist, daß die Erklärung eines Ehegatten für schuldig die Scheidung auf Antrag des anderen Ehegatten regelmäßig zur Voraussetzung hat.... Auf Grund der Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes muß die Scheidungsklage abgewiesen werden; damit ist festgestellt, daß dem Kläger ein Scheidungsgrund nicht zur Seite steht; daraus folgt ohne weiteres, daß die Beklagte nicht ebenfalls als schuldig an der lediglich auf ihren Antrag ausgesprochenen Scheidung erklärt werden kann. Ob eine andere Auffassung dann geboten sein würde, wenn die den Widerklagantrag an und für sich rechtfertigenden Thatsachen festgestellt sind, die Abweisung der Widerklage aber lediglich um deswillen erfolgt, weil das Recht des Beklagten, auf Scheidung zu klagen, durch Zeitablauf oder Verzeihung ausgeschlossen ist (2. Fall des Abs. 3), kann dahingestellt bleiben. Dieser Fall unterscheidet sich von dem hier vorliegenden eben dadurch, daß Thatsachen, die einen Scheidungsgrund abgeben, festgestellt werden, während hier das Vorliegen solcher Thatsachen verneint wird." ...

41. Was ist für die Annahme eines zur Erlangung des mittelbaren Besitzes im Sinne der §§ 868 und 930 B.G.B. geeigneten „ähnlichen Verhältnisses, vermöge dessen der Besitzer einer Sache einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist", erforderlich?

B.G.B. §§ 868. 930.

II. Civilsenat. Urt. v. 15. November 1901 i. S. Tiefbauberufsgenossenschaft (Bekl.) w. T. (Kl.). Rep. II. 234/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte hat bei ihrem Schuldner H. eine Anzahl eiserner Radsätze gepfändet, die auf Grund dieser Pfändung am 29. Oktober 1900 versteigert worden sind. Mit einer am 27. Oktober 1900 zugestellten Klage begehrte der Kläger die Anerkennung seines Eigentumes an den gepfändeten Radsätzen und deren Freigabe von der Pfändung. Er stützte seinen Eigentumserwerb auf einen Vertrag vom 2. Juli 1900, durch welchen H. ihm seine Mobilien für ein Darlehen zu Eigentum übertragen, gleichzeitig aber wieder leihweise erhalten hatte. Nach Versteigerung der gepfändeten Radsätze wurde das Klagebegehren dahin geändert, daß Beklagte aus § 989 oder § 823 B.G.B. den durch die Versteigerung verursachten, auf etwas über 3000 ℳ berechneten Schaden dem Kläger ersetze. Die Firma F. trat dem Rechtsstreite auf seiten der Beklagten als Nebenintervenientin bei, indem sie zur Begründung des Antrages auf Klagabweisung geltend machte, daß sie zur Zeit der Pfändung und Versteigerung Eigentümerin jener Radsätze gewesen sei. H. habe ihr in einem Schreiben vom 4. Juni 1900 das von ihr angenommene Anerbieten gemacht, die seinerzeit an ihn verkauften Radsätze für sie als ihr Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises zu besitzen; es sei ferner kurz nach dem 4. Juni 1900 zwischen H. und ihrem Reisenden beredet worden, daß sie wieder Eigentümerin werden, und H. die Sachen bis zur Tilgung des Kaufpreises für sie besitzen solle. Kläger berief sich dagegen auf seinen guten Glauben und machte weiter geltend, daß das Vorbringen der Nebenintervenientin überhaupt nicht geeignet sei, einen Eigentumserwerb aus §§ 930 und 868 B.G.B. zu rechtfertigen.

Das Berufungsgericht hat in seiner Entscheidung, welche den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, zu diesem Vorbringen der Nebenintervenientin ausgeführt, daß zwar der gute Glaube des Klägers nach Sachlage dann nicht zureichen würde, dessen Eigentumserwerb zu rechtfertigen, wenn die Nebenintervenientin durch die von ihr geltend gemachten Vorgänge das Eigentum an den Radsätzen vor dem 2. Juli 1900 erworben gehabt hätte, daß aber jene Vorgänge nicht geeignet gewesen seien, einen Eigentumserwerb zu begründen. Auf die Revision der Beklagten ist die angefochtene Entscheidung aus einem hier nicht weiter in Betracht kommenden Grunde aufgehoben worden. Dabei sind jedoch die von der Nebenintervenientin gegen die hervorgehobenen Ausführungen des Berufungsrichters gerichteten Angriffe zurückgewiesen worden aus nachstehenden

Gründen:

... „In der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte und in der Revisionsverhandlung sind die Beklagte und die Nebenintervenientin davon ausgegangen, daß sie den Eigentumserwerb des Klägers an den in Frage stehenden Radsätzen aus der Vereinbarung mit H. vom 2. Juli 1900 dann nicht beanstanden, wenn der von der Nebenintervenientin aus den noch zu erörternden Vorgängen vor dem 2. Juli 1900 abgeleitete Erwerb des Eigentums jener Radsätze nicht gerechtfertigt sei. Mit Recht hat aber der Berufungsrichter jenes Vorbringen der Nebenintervenientin, daß sie am 2. Juli 1900 Eigentümerin der Radsätze gewesen sei, für rechtlich erheblich erachtet. Denn war die Nebenintervenientin zu jenem Zeitpunkte Eigentümerin der Radsätze, und folgeweise H. bei seiner Veräußerung derselben an den Kläger Nichteigentümer, so hätte der Kläger durch jene Veräußerung von seiten eines Nichteigentümers nicht das Eigentum erworben. Damit wäre aber die rechtliche Grundlage seines Anspruches weggefallen. Der gegen obige Annahme aus dem guten Glauben des Klägers bei dem Erwerbe vom 2. Juli 1900 abgeleitete Einwand ist aus zutreffenden Gründen zurückgewiesen. Nach Sachlage war die Veräußerung vom 2. Juli 1900, von welcher der Kläger seinen Eigentumserwerb ableitet, eine solche nach § 930 B.G.B., wonach der besitzende Veräußerer H. im unmittelbaren Besitze der Radsätze blieb, und Kläger nur deren mittelbaren Besitz erlangte; im Falle der Veräußerung durch ein den §§ 930 und 868 B.G.B. entsprechendes con-

stitutum possessorium von seiten eines Nichteigentümers wird aber nach § 933 B.G.B. der redliche Erwerber nicht Eigentümer; eine nachfolgende Übergabe der Radsätze durch den Veräußerer H. an den Kläger ist von diesem nicht geltend gemacht. Der Kläger ist auch in der Revisionsverhandlung auf diesen Einwand nicht mehr zurückgekommen. Dagegen hat der Berufungsrichter aus rechtlich zu billigenden Erwägungen angenommen, daß die Nebenintervenientin durch die von ihr angerufenen Rechtsvorgänge nicht Eigentümerin der Radsätze geworden sei. Die Nebenintervenientin ist in der Berufungsverhandlung selbst davon ausgegangen, daß sie sich weder bei dem Verkaufe jener Radsätze an H., noch bei deren Lieferung an diesen das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten habe, und daß somit H. durch Annahme der gelieferten Ware deren Eigentümer geworden sei. Wenn nun H. nach jenem Eigentumserwerbe in seinem Briefe vom 4. Juni 1900 der Nebenintervenientin geschrieben hat, „ich versichere Sie, daß die Ware für das einzulösende Accept noch unangetastet daliegt, und solange Ihr Eigentum bleibt, bis alles bezahlt ist", so kann aus der in der Prolongation des Wechsels liegenden Annahme des in jener Mitteilung enthaltenen Vertragsantrages nicht ein Eigentumserwerb der Nebenintervenientin mit der von der Revision versuchten Begründung abgeleitet werden, daß dadurch nachträglich ein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden sei. Denn ist einmal, weil ein Eigentumsvorbehalt nicht gemacht war, das Eigentum der gelieferten Ware auf den Erwerber übergegangen, so kann die bloße nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes nicht den geschehenen Eigentumserwerb rückwärts wieder aufheben; um letztere Wirkung zu erzeugen, ist vielmehr erforderlich, daß eine solche nachträgliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes die Auslegung zulasse, daß die Rückübertragung des bereits übertragenen Eigentums vereinbart sei, und daß, weil für den Eigentumserwerb auf Grund dieser Rückübertragung die §§ 929 und 930 B.G.B. zur Anwendung kommen, — wenn die Sache nicht zurückgeliefert ist — eine Übergabe durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem hier als Veräußerer auftretenden ursprünglichen Käufer und dem als Erwerber erscheinenden Verkäufer ersetzt sei, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz im Sinne der §§ 930. 868 B.G.B. erlangt. Die Nebenintervenientin

hat deshalb der bezogenen Stelle in dem Briefe vom 4. Juni 1900 die Auslegung gegeben, daß H. ihr das durch Prolongation des Wechsels angenommene Anerbieten gemacht habe, die verkauften Radsätze *für sie* als ihr Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises zu besitzen, und sich weiter auf eine kurze Zeit darauf zwischen ihrem Reisenden und dem H. angeblich dahin zustande gekommene Vereinbarung berufen, daß „die Nebenintervenientin *wieder Eigentümerin* werde und H. die Sachen bis zur Tilgung des Kaufpreises *für sie besitzen solle*". Der Berufungsrichter nimmt jedoch an, daß diese Abmachungen *nicht* die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses enthalten, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz (§§ 930 und 868 B.G.B.) erlangte, und kommt dadurch zu dem Ergebnisse, daß danach ein Eigentumserwerb der Nebenintervenientin aus § 930, der hier allein in Betracht kommen könnte, nicht vorliege. Die Nebenintervenientin hat in der Revisionsverhandlung diese Ausführungen als gegen §§ 930 und 868 B.G.B. verstoßend bekämpft; diese Rüge ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Auszugehen ist davon, daß das in § 930 B.G.B. geforderte *Rechtsverhältnis* ein solches sein müsse, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz nach § 868 B.G.B. erlangt. Entscheidend für die Frage, ob die Annahme des Berufungsrichters dem Gesetze entspricht, ist daher, da jedenfalls keines der in § 868 einzeln aufgeführten Rechtsverhältnisse vorliegt, was im Sinne des § 868 unter einem „ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen jemand einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sei", zu verstehen ist. Aus den in § 868 vorangestellten Einzelfällen ergiebt sich für diese Frage der übrigens auch mit den Materialien zu § 868 im Einklang stehende Schluß, daß nicht *ein abstraktes constitutum possessorium*, auch wenn es, wie hier, zu Gunsten des veräußernden Besitzers „bis zur Zahlung des Kaufpreises" zeitlich beschränkt ist, als ein solches „*ähnliches Verhältnis*" beurteilt werden darf, sondern daß für die Annahme eines solchen „ähnlichen Verhältnisses" weiter erfordert ist, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem Anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei. Der Be-

rufungsrichter konnte aber ohne Verstoß gegen das Gesetz die von der Nebenintervenientin angerufenen Abmachungen dahin auslegen, daß die Bestellung eines solchen, konkret bestimmten obligatorischen Rechtsverhältnisses, durch welches eine Verwaltungspflicht des H. begründet wurde, in ihnen nicht vereinbart sei. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß eine in jenen Abmachungen zu Gunsten des H. etwa dahin getroffene Vereinbarung, daß der Eigentumsübergang durch die Zahlung des Kaufpreises resolutiv bedingt sei, an dieser Auffassung nichts zu ändern vermöchte. Sonach hat die Nebenintervenientin durch jene Vorgänge im Juni 1900 nicht das Eigentum an den Radsätzen erworben und muß daher, da nach den einleitenden Darlegungen das Eigentum des Klägers im übrigen nicht mehr Gegenstand einer Beanstandung war, davon ausgegangen werden, daß der Kläger zur Zeit der Pfändung und Versteigerung der Radsätze deren Eigentümer gewesen sei." ...

---

42. Tragweite eines nach Staatsgebieten unter Verlegern geteilten Verlagsrechtes. Ändert sich das dem einen Verleger zugewiesene Gebiet mit den politischen Grenzen des betreffenden Staates? Besteht dieses geteilte Verlagsrecht nur in einer ausschließlichen Herstellungs- oder zugleich in einer ausschließlichen Absatzbefugnis? Ist darin auch die ausschließliche Befugnis zum gewerblichen Verleihen begriffen?

I. Civilsenat. Urt. v. 16. November 1901 i. S. M. (Bekl.) w. A. D. & Fils (Kl.). Rep. I. 235/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Es handelt sich um die Auslegung des am 21./24. Mai 1864 abgeschlossenen Vertrags, welcher in den hier maßgebenden Bestimmungen lautet:

Mr. C. F. M. cède à Mr. Fl. la propriété exclusive pour la France des trois opéras de Richard Wagner suivants: Tannhäuser, Fliegender Holländer, et Rienzi.

Mr. M. s'engage à ne pas vendre en France ses éditions allemandes sur ces trois opéras autrement que par l'entremise et avec le consentement de Mr. Fl. Mr. Fl. s'engage à ne pas envoyer en Allemagne, comprenant toute la Confédération Germanique, ses éditions françaises sans remplir les mêmes formalités vis-à-vis de Mr. M.

Tous les autres pays seront considérés comme neutres et les parties contractantes auront le droit d'y vendre leurs éditions comme bon leur semblera.

Dem Vertrage lag der Thatbestand zu Grunde, daß Richard Wagner dem Rechtsvorgänger der Beklagten (M.) das Verlagsrecht an den drei Opern ohne Beschränkung, dem Rechtsvorgänger der Klägerin (Fl.) aber dasselbe Verlagsrecht für Frankreich und Belgien überlassen hatte. Der Vertrag enthält also einen Vergleich bezüglich des von beiden Teilen in Anspruch genommenen Verlagsrechts für Frankreich und Belgien, und zwar dahin, daß dem Fl. für Frankreich das ausschließliche geistige Eigentum (propriété exclusive) zugestanden wurde, während für Belgien beide Teile Miteigentümer, und zwar ohne Abhängigkeit voneinander, wurden. Für alle übrigen Länder mit Ausnahme des Gebiets des damaligen Deutschen Bundes trat M. an Fl. die ideelle Hälfte des ihm insoweit unbestritten zustehenden ausschließlichen Verlagsrechts zu selbständiger Ausübung ab. Danach wurde also hergestellt bezw. bestätigt: für Frankreich ausschließliches Verlagsrecht von Fl., für das Gebiet des ehemaligen Deutschen Bundes ausschließliches Verlagsrecht von M., und für alle übrigen Länder gemeinschaftliches, von jedem frei auszuübendes Verlagsrecht beider Teile.

Der Streit dreht sich nun um die Tragweite des dem Fl. zugestandenen ausschließlichen Verlagsrechts für Frankreich, und zwar einmal in räumlicher, sodann in inhaltlicher Beziehung.

Der Vorderrichter hat entgegen der Auffassung der Beklagten angenommen, daß zu Frankreich im Sinne des Vertrages, weil damals dazu gehörig, gerechnet werden müsse das Gebiet des jetzigen Reichslandes Elsaß-Lothringen. In dieser Hinsicht ist maßgebend das bereits in dieser Sache ergangene Urteil dieses Senats vom 9. November 1898,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 42 S. 301,

welchem die Auffassung zu Grunde liegt, daß nicht zu vermuten sei,

daß die Parteien den Umfang ihrer Rechte von einer nicht vorhersehbaren Änderung der politischen Grenzen derjenigen, wenngleich mit ihrem politischen Namen bezeichneten Gebiete, für welche sie festgestellt wurden, haben abhängig machen wollen. Es hätten also der Vereinbarung zu Grunde liegende konkrete Umstände geltend gemacht werden müssen, um eine andere Auslegung des Vertrages zu rechtfertigen. Das hat die Beklagte nicht vermocht, und die statt dessen in der Vorinstanz vorgebrachten, auf die Natur des Vertrages oder das Verhalten Dritter gestützten Erwägungen können nicht ins Gewicht fallen, müssen auch im wesentlichen als fehlsam bezeichnet werden. Beklagte ist denn auch in der Revisionsinstanz hierauf nicht zurückgekommen, sondern erhebt lediglich die prozessuale Rüge, daß der Vorderrichter den von ihr angebotenen Beweis nicht erhoben habe, daß deutsche Verleger bei gleichartigen Verhältnissen, wenn es sich um nach Ländern geteiltes Verlagsrecht gehandelt hätte, stets angenommen haben würden, daß sich bei Änderung der politischen Grenzen auch die Grenzen des Verlagsrechts änderten. Letzteres war aber gerade Gegenstand der in dem Reichsgerichtsurteil vom 9. November 1898 im entgegengesetzten Sinne entschiedenen Rechtsfrage und konnte daher nicht mehr Gegenstand des angebotenen Sachverständigenbeweises sein. Überdies war der Vorderrichter überall nicht verpflichtet, über die Auslegung des Vertrages Sachverständige zu hören, wenn ihm nicht zugleich konkrete für die Auslegung maßgebliche Umstände, welche die Sachverständigen auf Grund ihrer besonderen Erfahrung hätten bekunden können, bezeichnet wurden. Wurden derartige Umstände nicht geltend gemacht, so unterstand die Zuziehung von Sachverständigen lediglich seinem Ermessen. Hiernach ist es nicht zu beanstanden, daß der Vorderrichter in Beachtung der rechtlichen Beurteilung des Reichsgerichtsurteils vom 9. November 1898, und da die Umstände des Falles zu einer anderen Auslegung keinen Anhalt boten, Elsaß-Lothringen als in den Bereich des ausschließlichen Verlagsrechts der Klägerin fallend erachtet hat.

Was nun den Inhalt des so räumlich abgegrenzten Rechts der Klägerin anlangt, so ist auch hierin dem Vorderrichter im Ergebnisse überall beizutreten.

Schon das Revisionsurteil vom 9. November 1898 hat den wesentlichen Zweck des Vertrages wie folgt bezeichnet:

„Jedem der vertragschließenden Teile sollte ein bestimmtes Absatzgebiet ausschließlich vorbehalten, und er innerhalb dieses Gebietes vor der Konkurrenz seines Gegenkontrahenten geschützt sein, während alle übrigen Länder für „neutral" erklärt, d. h. dem Wettbewerb beider Kontrahenten offen gelassen wurden."

In der That kam es darauf an, das Absatz-, nicht das Herstellungsgebiet beiderseitig abzugrenzen, da damals, wo das räumlich geteilte Verlagsrecht noch einer näheren gesetzlichen Regelung ermangelte, die in dem einen Gebiete rechtmäßig hergestellten Verlagsartikel in dem anderen nicht als Nachdruck hätten verfolgt werden können, wie es vom 1. Januar 1902 an nach dem deutschen Gesetze vom 19. Juni 1901, betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und der Tonkunst, §§ 11 und 36 der Fall sein wird, und somit die beiderseitige Beschränkung auf ein bestimmtes Herstellungsgebiet keinen gegenseitigen Konkurrenzschutz geboten hätte. Es handelte sich also darum, eine weitere obligatorische Bindung der Kontrahenten behufs Ausschließung des Wettbewerbs des anderen Teiles in einem bestimmten Gebiete herbeizuführen, und diese konnte nur in der gegenseitigen Beschränkung des Absatzes bestehen. Ganz abwegig ist nun die Auslegung des Vertrages seitens der Beklagten dahin, daß diese Bindung für M. nur bezüglich seiner deutschen Ausgaben, für Fl. bezüglich seiner französischen Ausgaben vereinbart sein soll, wonach es jedem Kontrahenten freigestanden haben würde, dem anderen Teile in dessen Gebiete in der in diesem Gebiete herrschenden Sprache beliebig Konkurrenz zu machen. Diese Auslegung, welche die räumliche Abgrenzung fast aller Bedeutung entkleiden würde, beruht auf der unrichtigen, auch vom Vorderrichter zu Grunde gelegten Annahme, als ob der Abs. 2 des Vertrages eine erschöpfende Erläuterung des Abs. 1 enthielte, während er in Wirklichkeit nur einen Sonderfall durch Beseitigung eines als möglich erachteten Zweifels regeln will. Der Vorderrichter sucht den Konsequenzen jener Annahme dadurch zu entgehen, daß er unter éditions françaises bezw. allemandes die in Frankreich, bezw. Deutschland hergestellten Ausgaben versteht, was von der Revision mit Recht beanstandet wird, übrigens auch nicht zum Ziele führt, da alsdann beide Teile die Herstellung etwa in der Schweiz vornehmen und von hier aus dem anderen Teile in dessen Absatzgebiete Konkurrenz machen könnten. Das Verhältnis der beiden

Absätze ist vielmehr das folgende: im Abs. 1 wird dem Fl. das ausschließliche Verlagsrecht für Frankreich abgetreten, d. h. es wird dies Land für sein ausschließliches Absatzgebiet erklärt. Daß das gleiche Recht für das Gebiet des Deutschen Bundes dem M. zustehen sollte, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber aus dem Gesamtinhalte des Vertrages, sowie dem zu Grunde liegenden Thatbestande. Parteien nahmen nun aber offenbar an, daß vermutlich — wenigstens vorläufig — jede von ihnen nur Ausgaben in ihrer Sprache veranstalten werde und daher nicht in der Lage sein würde, ein etwa in dem eigenen Gebiete hervortretendes Bedürfnis nach einer Ausgabe in der anderen Sprache zu befriedigen. Sollte in diesem Falle der andere Teil eintreten dürfen? Die Frage wurde dahin entschieden, daß dies nur par l'entremise et avec le consentement derjenigen Partei, der das ausschließliche Verlagsrecht in dem betreffenden Gebiete zustand, geschehen dürfe. Daß dabei bezüglich des Fl. das Wort envoyer, bezüglich des M. das Wort vendre gebraucht ist, ist ohne Bedeutung. Parteien haben offenbar das vendre, als das gewöhnliche Mittel des Vertriebes, im Auge gehabt — wie denn im Abs. 3 nur von vendre, nicht von envoyer gesprochen wird — und daher beide Worte als gleichwertig behandelt. Hätte eine unterscheidende Absicht zu Grunde gelegen, so würde sie bei den Kontrahenten, als Geschäftsmännern, zweifellos einen klaren Ausdruck gefunden haben.

Hiernach ist der Beklagten der Absatz der drei Opern in Elsaß-Lothringen ohne Zustimmung der Klägerin schlechthin nach dem Vertrage verboten. Was aber von den Opern im ganzen gilt, gilt selbstverständlich auch von ihren Teilen, insbesondere also von den in dem Tenor des angefochtenen Urteils besonders hervorgehobenen Musikauszügen und Orchesterpartituren. Warum letztere nicht Gegenstand des „gewöhnlichen" Verlagshandels sein sollen, oder weshalb weniger häufig vertriebene Verlagsartikel nicht Gegenstand des Vertrages wären, ist nicht erfindlich. Teile der Opern sind auch die von dem Komponisten selbst gedichteten Texte. Ob die von Carl Nuitters verfaßte französische Übersetzung etwa einem besonderen Urheberrechte unterliegt, ist gleichgültig. Beklagte ist jedenfalls durch den Vertrag obligatorisch gebunden, weder den deutschen Text, noch eine französische Übersetzung in Frankreich oder Elsaß-Lothringen gewerblich zu vertreiben.

Mit Recht hat endlich der Vorderrichter den Vertrag dahin ausgelegt, daß der Beklagten auch das Verleihen, d. h. das hier lediglich in Frage stehende gewerbliche Verleihen der Opern oder von Teilen derselben, innerhalb Elsaß-Lothringens verboten sei. Das gewerbliche Verleihen ist lediglich eine Form der gewerblichen Verbreitung eines Verlagsartikels.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Strafs. Bd. 14 S. 46.

Der Vertrag aber zielte darauf ab, dem Rechtsvorgänger der Klägerin das gesamte Gebiet des damaligen Frankreich zur ausschließlichen gewerblichen Ausbeutung des Verlagsrechts an den drei Opern zu überlassen. Dies ist der Sinn des Wortes „propriété exclusive" im Verhältnis zweier Verleger zu einander und in Beziehung auf ein bestimmtes Gebiet." . . .

---

43. Ist die Nachbildung eines von einem Anderen in gepunztem Leder ausgeführten Gegenstandes mittels geprägter Pappe des Geschmacksmusterschutzes fähig?

Erfordernisse der Niederlegung des Geschmacksmusters bei der Registerbehörde.

Gesetz vom 11. Januar 1876 §§ 1 u. 7.

I. Civilsenat. Urt. v. 18. November 1901 i. S. Kunstprägerei B. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. I. 241/01.

I. Amtsgericht Annaberg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Die Klägerin hat bei dem Amtsgerichte A. ein verschlossenes Paket mit 17 Mustern für geprägte Pappartikel mit dem Antrage überreicht, sie als plastische Erzeugnisse auf drei Jahre durch Eintragung ins Musterregister zu schützen. Es gehörte dazu eine Wandtasche aus geprägter roher Pappe (Fabriknummer 2250) und ein Reklameschild, einen Holzrahmen darstellend, in dem mittels Lederflechtwerkes ein gepunztes Lederblatt befestigt ist, ebenfalls aus geprägter, aber zugleich farbig verarbeiteter Pappe (Fabriknummer 2255). Auf der Rückseite der Wandtasche war vermerkt: „Lederpunzarbeit-Imitation

wie Nr. 2255." Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß die Wandtasche Nr. 2250 in der Ausführung der Lederpunz-Imitation von Nr. 2255, nicht in dem Zustande ausgeprägter roher Pappe, als Muster gelten solle. Die Wandtasche in der bezeichneten Ausführung war die Nachahmung einer von der Firma G. & L. in Berlin in den Handel gebrachten Zeitungsmappe (Fabrikat von Hulbe) mit einem wirklichen, gepunzten Lederblatte, welches durch Ledergeflecht in einem Rahmen von Bambusrohr gehalten wird. Nach demselben Vorbilde hat kurze Zeit darauf auch die verklagte Firma — wie sie behauptet, ohne das Erzeugnis der Klägerin gesehen zu haben — Wandtaschen aus geprägter Pappe mit der Imitation eines in einem Holzrahmen mittels Lederflechtwerkes gehaltenen gepunzten Lederblattes hergestellt und in Verkehr gebracht.

Den auf Verbot der Herstellung und des Vertriebes dieser Nachbildungen gerichteten Klagantrage wurde in den Vorinstanzen entsprochen; auf Revision der Beklagten ist jedoch auf Klagabweisung erkannt worden aus folgenden

Gründen:

„Das Gesetz vom 11. Januar 1876 knüpft den Urheberschutz von gewerblichen Mustern und Modellen an die Voraussetzung, daß es sich um neue und eigentümliche Erzeugnisse handelt. Was hierunter zu verstehen, ist in einer großen Anzahl von Reichsgerichtsentscheidungen übereinstimmend dargelegt.

S. z. B. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 58, Bd. 40 S. 105, Bd. 45 S. 60.

Erfordert wird eine Formbildung, welche den Formensinn des Anschauenden in einer eigentümlichen, von der Wirkung früher bekannter Verbindung von Formelementen verschiedenen Weise berührt und sich dadurch als das Ergebnis einer originalen formenschöpferischen Kraft darstellt. Diese Begriffsbestimmung trifft auf die klägerische Wandtasche, abgesehen allenfalls von dem auf der Vorderseite angebrachten Blumenarrangement, in keiner Weise zu, da sie zugestandenermaßen im übrigen, soweit eine ästhetische Wirkung angestrebt und erzielt wird, eine Nachbildung der Hulbe'schen Ledertasche ist. Der Gedanke, diese Tasche in geprägter Pappe nachzubilden, war kein formenschöpferischer Gedanke, sondern gehörte ausschließlich dem technischen Gebiete an. Wären dabei besondere technische Schwierigkeiten

zu überwinden gewesen — was aber nicht der Fall ist, da die Nachahmung von gepunztem Leder und von hölzernen Rahmen in geprägter Pappe, wie festgestellt, längst bekannt war, und die Wiedergabe von Ledergeflecht in demselben Materiale sich rein handwerksmäßig von selbst ergiebt —, so hätte vielleicht ein Patent- oder Gebrauchsmusterschutz erwirkt werden können, nicht aber ein Geschmacksmusterschutz. Die Kombination der verschiedenen Formelemente, in der der Vorderrichter die Neuheit erblickt, ist nicht das Verdienst der Klägerin, sondern das des ersten Fabrikanten des Vorbildes. Sofern die Nachbildung eine andere ästhetische Wirkung erzielt, als jenes, beruht dies darauf, daß das Abbild das Vorbild nur unvollkommen wiedergiebt und nach dem gewählten Materiale nur unvollkommen wiedergeben kann. Daß bei der Nachbildung zum Teil an Stelle der vollen Körperform das Relief getreten ist, macht das Erzeugnis ebensowenig zu einem originellen, als dies bei bloß zeichnerischer Wiedergabe der Fall sein würde. Der einzige in ästhetischer Beziehung selbständige Teil des Musters, nämlich das auf der Vorderseite befindliche Blumenarrangement, ist von der Beklagten, wie thatsächlich feststeht, nicht nachgebildet worden. Wenn die Revision eine weitere Selbständigkeit darin erblicken will, daß beim Original Vorder- und Hinterseite durch Lederflechtwerk, bei der Nachbildung durch feste Pappteile verbunden sind, so hat dies mit der ästhetischen Wirkung nichts zu thun, da die festen Pappteile gewiß nicht bestimmt oder geeignet sind, den Formensinn des Beschauers anzuregen. Es handelt sich dabei lediglich um eine abweichende konstruktive Gestaltung des Gebrauchsgegenstandes als solchen.

Hiernach würde die Klägerin den Geschmacksmusterschutz, abgesehen allenfalls von dem vorerwähnten, nicht nachgebildeten und daher hier nicht in Betracht kommenden Blumenarrangement, selbst dann nicht beanspruchen können, wenn sie den Vorschriften des § 7 des Gesetzes vom 11. Januar 1876, von deren Erfüllung der Geschmacksmusterschutz fernerhin abhängig ist, nachgekommen wäre, sodaß die Frage, ob im übrigen nach dem behaupteten oder festgestellten Thatbestande eine Nachbildung im Sinne des Gesetzes vorliegen würde, auf sich beruhen kann.

Klägerin ist aber der Vorschrift des § 7 a. a. O. nicht nachgekommen, da sie weder ein Exemplar, noch eine Abbildung des zu

schützenden Musters bei der Registerbehörde niedergelegt hat. Niedergelegt ist nur das Modell Nr. 2250 aus roher geprägter Pappe mit der Angabe, daß dasselbe in Lederpunzimitation, wie die zugleich niedergelegte Nr. 2255 — ein mit abweichendem Blumenschmuck versehenes Reklameschild — ausgeführt werden sollte. Da weder ein Schutz für Nachbildung von gepunzter Lederarbeit mittels geprägter Pappe im allgemeinen, noch auch für die Nachbildung der Hulbeschen Tasche mittels roher geprägter Pappe nachgesucht werden sollte und konnte, so war mit der Niederlegung in Verbindung mit der beigefügten Angabe nur eine Art von Beschreibung des zu schützenden Musters gegeben, welche dem Gesetze nicht genügt." ...

---

44. Nach welchem Rechte ist über die rechtlichen Folgen eines Zusammenstoßes zweier Schiffe verschiedener fremder Nationalität auf hoher See von deutschen Gerichten zu entscheiden, wenn die Seegesetze der Nationen, denen die Schiffe angehören, untereinander übereinstimmen?

I. Civilsenat. Urt. v. 18. November 1901 i. S. R. M. S. (Bekl.) w. J. C. B. u. Gen. (Kl.). Rep. I. 237/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 16. Dezember 1899 nachmittags zwischen 6 und 7 Uhr hat in der Nordsee 6 bis 10 Seemeilen von der jütischen Westküste bei dichtem Nebel ein Zusammenstoß zwischen dem dänischen Schoner „H. A. Friis" und dem norwegischen Dampfer „Kong Inge", welche Schiffe sich auf nahezu gerade entgegengesetzten Kursen befanden, stattgefunden. Der Schoner „H. A. Friis" ist alsbald gesunken und total verloren; der Dampfer „Kong Inge" ist unbeschädigt geblieben.

Die Rhederei des Schoners „H. A. Friis" hat gegen die Beklagte, welche für den Dampfer „Kong Inge" zur Vermeidung eines Arrestes Bürgschaft geleistet hat, bei dem Landgericht in Hamburg auf Ersatz des entstandenen Schadens geklagt. Die Klägerin behauptet, daß der Besatzung des „Kong Inge" die Schuld an dem Zusammen-

stoße zur Last falle. Die Beklagte bestreitet jedes Verschulden des „Kong Inge" und mißt der Besatzung des Schoners die alleinige Schuld bei. Sie beantragt Abweisung der Klage.

Das Gericht erster Instanz hat beiderseitiges Verschulden angenommen und auf Grund der Vorschriften des zur Zeit des Zusammenstoßes geltenden Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz ist der Anspruch der Klägerin dem Grunde nach soweit für berechtigt erklärt, daß die Beklagte die Hälfte des durch den Zusammenstoß dem Schoner „H. A. Friis" an Schiff und Fracht entstandenen Schadens zu ersetzen habe, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht nimmt übereinstimmend mit dem Gericht erster Instanz an, daß der Zusammenstoß der beiden Schiffe, welcher den Untergang des Schoners „H. A. Friis" zur Folge gehabt hat, durch Verschulden der beiderseitigen Schiffsbesatzungen herbeigeführt worden sei. Das Verschulden des „Kong Inge" wird darin gefunden, daß der Dampfer seine Fahrt nicht soweit ermäßigt habe, wie es der sehr dichte Nebel erforderte, und ferner darin, daß der „Kong Inge", als das Nebelsignal des „H. A. Friis" gehört wurde, ein Ruderманöver gemacht habe, ohne die Lage und den Kurs des entgegenkommenden Schiffes sicher zu kennen, anstatt, wie es die internationalen Vorschriften zur Verhütung von Schiffszusammenstößen vorschrieben, in solchem Falle zu stoppen. Dagegen wird es dem Schoner „H. A. Friis" als Verschulden angerechnet, daß er nicht hinreichend oft Schallsignale gegeben und hierdurch eine zu große Annäherung der Schiffe vor dem Erkennen der Gefahr ermöglicht habe.

Unter Anwendung des norwegisch-dänischen Seegesetzes, welches im Falle beiderseitigen Verschuldens dem Gericht vorschreibt, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der auf beiden Seiten begangenen Fehler den von jeder Seite zum Schadensersatze zu leistenden Beitrag zu bestimmen oder anzuordnen, daß jedes Schiff seinen eigenen Schaden tragen solle, hat dann das Berufungsgericht, davon ausgehend, daß ein wesentlicher Unterschied in der Schwere der auf beiden Seiten begangenen Versehen nicht bestehe, den Beklagten für schuldig erachtet,

die Hälfte des dem Schoner „H. A. Friis“ an Schiff und Fracht entstandenen Schadens zu ersetzen. Zu dem gleichen Ergebnis glaubt das Berufungsgericht auch bei Anwendung des am Gerichtsorte geltenden deutschen Rechtes zu gelangen, indem es annimmt, daß mit Rücksicht auf die erst im April 1900 durch Anlegung des Arrestes begründete Zuständigkeit der hamburgischen Gerichte das neue, mit dem norwegisch-dänischen Rechte übereinstimmende deutsche Recht zur Anwendung kommen müßte. . . .

Von der Revision wird gerügt, daß das Berufungsgericht die Frage der Haftung für das festgestellte Verschulden nach dem norwegisch-dänischen, statt nach dem deutschen Gesetze, entschieden habe, und auszuführen gesucht, daß als maßgebendes deutsches Recht nur das zur Zeit des Zusammenstoßes geltende in Betracht kommen könne. Diese Rüge ist als begründet nicht anzuerkennen. . . .

Mit Bezug auf die Frage des anzuwendenden Rechtes erwägt das Berufungsgericht, daß bei Schiffszusammenstößen auf hoher See das Recht des Thatortes nicht in Betracht komme, sondern nur zu entscheiden sei, ob das Recht der Flagge, oder das Recht des Gerichtsortes zur Anwendung kommen müsse. Es hält es für das Natürlichste, gegen den Rheder eines Schiffes für die mit demselben vorgenommenen Handlungen das Recht der Flagge in Anwendung zu bringen, weil der Rheder dem Gesetze des Heimatshafens immer unterworfen bleibe. Im vorliegenden Falle sei, die Anwendung des Flaggenrechtes um so unbedenklicher, als die Heimatsgesetze beider Schiffe, das norwegische und das dänische Seegesetz, in betreff der Schadensansprüche bei Schiffszusammenstößen völlig übereinstimmten, sodaß keine der beiden Parteien durch die Anwendung dieses Rechtes beschwert werde. Nur dann würde, führt das Berufungsgericht weiter aus, die Anwendung ausländischen Rechtes für den inländischen Richter ausgeschlossen, vielmehr die Anwendung des eigenen Rechtes geboten sein, wenn dieses absolut zwingender Natur sei, oder wenn die Vorschrift des ausländischen Rechtes nach einheimischen Rechtsgrundsätzen als unzulässig, verwerflich, die guten Sitten verletzend, oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßend anzusehen sei. Da keiner dieser Fälle hier gegeben sei, so sei die Anwendung des norwegisch-dänischen Rechtes im vorliegenden Falle gerechtfertigt. Diesen Erwägungen ist beizupflichten.

Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß seine Entscheidung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichtes nicht in Widerspruch trete. Allerdings findet sich in dem Urteil des Reichsgerichtes vom 12. Juli 1886 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 19 S. 10) der Satz:

„Die Bestimmungen des deutschen Rechtes über die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung des Rheders für Kollisionsschäden haben daher für die deutschen Gerichte einen zwingenden, absoluten Charakter in der Weise, daß dieselben eine Haftung des Rheders nur insoweit anzuerkennen haben, als das Recht des eigenen Landes eine solche statuiert" ... (S. 12),

welcher den Anschein erwecken könnte, als ob das Reichsgericht, in Anlehnung an die ältere Rechtslehre,

vgl. Wagner, Handbuch des Seerechts Tl. 1 S. 142,

für die deutschen Gerichte das deutsche Recht schlechthin bei allen Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus Schiffskollisionen als maßgebend erachtet habe. Allein der Zusammenhang der Gründe jenes Urteiles ergiebt eine wesentlich eingeschränkte Bedeutung jenes Satzes. Es handelte sich in dem dort entschiedenen Falle um die Haftung eines deutschen Rheders, dessen unter der Führung eines Zwangslotsen stehendes Schiff in einem ausländischen Hafen mit einem fremden Schiffe zusammengestoßen war. Diese Haftung wurde verneint, obgleich das Recht des Thatortes die Haftbarkeit des Rheders auch für Verschulden des Zwangslotsen anerkannte. Es wurde erwogen, daß es, da nach deutschem Rechte das Versehen eines Zwangslotsen keine Verbindlichkeit zum Schadensersatz für den Rheder erzeuge, dem deutschen Richter unmöglich gestattet sein könne, unter Anwendung eines fremden, dem Rheder in dieser Beziehung ungünstigeren Rechtes einem deutschen Rheder eine Verpflichtung aufzuerlegen, welche das Recht des eigenen Landes prinzipiell verneine. Nur in diesem auf die Haftung des deutschen Rheders beschränkten Sinne ist daher der oben wörtlich wiedergegebene Satz zu verstehen. Die in demselben Urteil an anderer Stelle vorkommende Bemerkung, daß in der Rechtsprechung die Anwendung des am Prozeßorte geltenden Rechtes sogar dann für gerechtfertigt erachtet worden sei, wenn beide Schiffe einer fremden Flagge angehörten, ist nur referierenden Inhaltes und für die Entscheidung ohne Bedeutung. Anderseits ist in dem Urteil vom 30. Mai 1888,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 136,
ausgesprochen, daß bei einem auf deutschem Territorium stattgefundenen Schiffszusammenstoße bezüglich der Haftung der beteiligten Rheder für die deutschen Gerichte das deutsche Recht auch dann maßgebend sei, wenn beide Schiffe fremde seien, weil es als Wille des deutschen Gesetzes anzusehen sei, daß über die rechtlichen Folgen aller unter deutscher Territorialhoheit erfolgenden Zusammenstöße ohne Rücksicht auf die Nationalität der Schiffe stets nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes entschieden werden solle. In dem Urteil vom 25. Juni (9. Juli) 1892,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 29 S. 90,
endlich ist die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes in dem Falle angenommen worden, daß ein fremdes, unter der Führung eines Zwangslotsen stehendes Schiff mit einem anderen fremden Schiffe in einem ausländischen Hafen zusammengestoßen war. Diese Entscheidung wurde damit gerechtfertigt, daß, wie bereits in dem Urteil vom 12. Juli 1886 anerkannt worden sei, das deutsche Recht die Haftung des Rhebers für das Verschulden eines ihm aufgenötigten Zwangslotsen grundsätzlich ausschließe, weil es einen auf solchem Grunde beruhenden Anspruch gegen den Rheder für ungerecht und verwerflich erachte. Deshalb dürfe ein deutsches Gericht einen solchen Anspruch nicht zulassen, auch wenn er nach dem Rechte des Thatortes oder nach dem Rechte des Heimatshafens für das betreffende Schiff begründet sein möchte. Diese Entscheidungen lassen den Fall offen, wenn der Zusammenstoß auf offener See zwischen fremden Schiffen erfolgt ist, das Herrschaftsgebiet des deutschen Rechtes also weder in persönlicher, noch in räumlicher Beziehung in Frage kommt, und der verfolgte Anspruch nicht mit zwingenden Vorschriften oder Grundsätzen des deutschen Rechtes in Widerspruch tritt. In diesem Falle fehlt jeder innere Grund für die Anwendung des deutschen Rechtes. Dessenungeachtet hat das Reichsgericht in einem neueren Urteil vom 10. November 1900 (in Sachen K. & B. w. M., Rep. I. 246/00) auch für einen solchen Fall das deutsche Recht für anwendbar erklärt und hierfür auf die Begründung des oben erwähnten Urteils vom 30. Mai 1888 Bezug genommen. In dem letzterwähnten Urteil ist eingehend auf die Verwicklungen und Unzuträglichkeiten hingewiesen, welche sich ergeben müßten, wenn — zumal bei gegenseitig erhobenen Schadens-

ansprüchen — der Rheder jedes der zusammengestoßenen Schiffe nach dem Rechte seines Landes, welches von dem seines Gegners in vielfacher Beziehung abweichen kann, zu beurteilen wäre. Diesen Verwicklungen und Unzuträglichkeiten wird vorgebeugt, wenn das deutsche Gericht in solchem Falle sein eigenes, ihm zunächst liegendes Recht zur Anwendung bringt und die voneinander abweichenden, für die Beteiligten leicht zu unbilligen Ergebnissen führenden fremden Rechte gegen dasselbe zurücktreten läßt. Die Anwendung des deutschen Rechtes stellt sich in solchem Falle als ein durch äußere Gründe an die Hand gegebenes Auskunftsmittel dar, zu welchem zu greifen die Rechtsprechung sich wegen der der Anwendung der fremden Rechte entgegenstehenden Hindernisse genötigt gesehen hat.

Vgl. v. Bar, 2. Aufl. Bd. 2 S. 211, und die Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 142 angeführten Urteile des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck, Entscheidungen in Bremer Rechtssachen Bd. 2 Abt. 2 S. 8 und Erk. des Obertribunals zu Berlin in Seuffert's Archiv Bd. 14 S. 335.

Um einen Fall dieser Art handelte es sich bei dem Urteil vom 10. November 1900, welches einen Zusammenstoß zwischen einem englischen und einem norwegischen Schiffe in der Nordsee betraf.

In dem vorliegenden Falle bedarf es aber eines solchen Auskunftsmittels nicht. Gehören die auf hoher See zusammenstoßenden Schiffe derselben Nationalität an oder sind sie trotz verschiedener Nationalität demselben Gesetze unterworfen, so entfällt auch der aus der Verschiedenheit der Flaggenrechte sich ergebende äußere Grund für die Anwendung des am Gerichtsorte geltenden Rechtes. Vielmehr ist die Haftung der beiderseitigen Rheder nach ihrem übereinstimmenden heimischen Rechte, welches die Schiffe auf die hohe See mit sich nehmen, zu beurteilen, falls dasselbe nicht gegen zwingende Normen des am Gerichtsorte geltenden Rechtes verstößt. Da nun das norwegische und das dänische Seegesetz bis auf wenige Abweichungen im allgemeinen, hinsichtlich der die Haftung des Rheders aus Zusammenstößen seines Schiffes mit einem anderen betreffenden Vorschriften aber völlig übereinstimmen, so ist es gerechtfertigt, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung die Vorschriften dieses Gesetzes zu Grunde gelegt hat; denn daß das deutsche Recht die Anwendung dieser Vorschriften, welche für den Fall beiderseitigen Verschuldens

eine Verteilung der Schadensersatzpflicht nach Maßgabe der auf beiden Seiten begangenen Fehler anordnen, ausschlösse, kann umsoweniger angenommen werden, als, wie das Berufungsgericht mit Recht geltend macht, das neue deutsche Handelsgesetzbuch in seinem § 735 für den Fall beiderseitigen Verschuldens Vorschriften getroffen hat, welche inhaltlich mit denjenigen des norwegisch-dänischen Seegesetzes übereinstimmen.

Die Revision war hiernach zurückzuweisen, ohne daß es einer Erörterung der Frage bedurfte, ob sich auch bei Anwendung des deutschen Rechtes dieselbe Entscheidung ergeben würde, weil für dieselbe nicht das alte, sondern das neue Handelsgesetzbuch maßgebend sei." ...

II. Gemeines Recht.

45. 1. Steht der Konkursmasse wegen Verwendungen, die der Gemeinschuldner auf das gekaufte, ihm unter Vorbehalt des Eigentums überlieferte Grundstück gemacht hat, gegen den Verkäufer, dem die Kaufsache vom Konkursverwalter unter Ablehnung der Vertragserfüllung zurückgegeben ist, die Ersatzklage zu, obgleich der Wert des Grundstückes mit Verwendungen den Betrag der dem Verkäufer aus dem Kaufvertrage zustehenden Forderungen nicht übersteigt?

2. Wird die bedungene Vertragsstrafe bei Ablehnung der Erfüllung verwirkt, auch wenn sie als wirkliche Strafe erscheint?

III. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1901 i. S. V. Konkursmasse (Kl. u. Widerbekl.) w. J. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. III. 105/01.

I. Landgericht Bückeburg.
II. Oberlandesgericht Oldenburg.

Der Beklagte hatte in Gemeinschaft mit seiner Ehefrau dem Gemeinschuldner gewisse Landparzellen zwecks Erbauung eines Hotels verkauft und, unter Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises, zum Besitz übergeben, als über das Vermögen des letzteren, der mit dem Bau begonnen hatte, der Konkurs eröffnet, und vom Konkursverwalter der Besitz mit der Erklärung, den Kaufvertrag nicht erfüllen zu wollen, zurückgegeben ward. Nachdem darauf von den Verkäufern zwecks Fertigstellung des Hotels für eigene Rechnung der Bau fortgesetzt war, ist dem Beklagten von seiner Ehefrau deren Anteil an den Liegenschaften wie an den Forderungen aus dem Kaufvertrage abgetreten. Auf die alsdann vom Konkursverwalter

auf Erstattung des Wertes der Einbauung des Gemeinschuldners erhobene Klage verurteilte das Landgericht den Beklagten, unter Abweisung mit seiner auf Feststellung angemeldeter Konkursforderung gerichteten Widerklage, zur Zahlung von 3265,86 ℳ. Dieses Urteil wurde infolge der vom Beklagten eingelegten Berufung durch Urteil vom 26. Januar 1901 dahin abgeändert, daß die Klage abgewiesen und die Konkursforderung in Höhe von 803,32 ℳ festgestellt wurde. Die Revision, mit welcher in erster Reihe die Zulässigkeit der Aufrechnung der eingeklagten Forderung mit den vom Beklagten beanspruchten Gegenforderungen, sodann auch die Berechtigung des Beklagten auf die geltend gemachte Vertragsstrafe in Abrede gestellt ward, ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob im Fall des Begründetseins des vom Kläger erhobenen Ersatzanspruchs der Beklagte zur Aufrechnung mit den Forderungen aus dem abgeschlossenen Kaufvertrage berechtigt sein, oder solche Aufrechnungsmöglichkeit durch die im § 55 Nr. 1 der Konkursordnung getroffene Bestimmung — wie solches bezüglich des Anspruchs der Konkursmasse auf die vom Gemeinschuldner geleistete Anzahlung auf die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware in dem Urteil des Reichsgerichts vom 9. Mai 1900,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 46 S. 98 flg.,

angenommen ist — ausgeschlossen sein würde; einer Entscheidung dieser Frage bedarf es nicht, weil der eingeklagte Anspruch der Konkursmasse nicht erwachsen ist, Beklagter somit zur Abwehr der Klage der Aufrechnung nicht bedarf.

Wie in Theorie und Praxis, so namentlich auch vom Reichsgericht,

vgl. Entsch. desselben in Civils. Bd. 7 S. 151 flg.,

anerkannt ist, läßt im Geltungsbereich des gemeinen Rechts der Vorbehalt des Eigentums beim Kaufvertrage, sofern ein anderes nicht besonders bedungen ist, den obligatorischen Vertrag in seinem Rechtsbestand unberührt. Die Folge ist, daß der Käufer seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage dadurch, daß der Verkäufer, von seinem Recht ausbleibender Zahlung halber Gebrauch machend, die Kaufsache zurücknimmt, nur soweit entledigt wird, als ihr derzeitiger Wert mit dem Betrage seiner Verpflichtungen sich deckt, weiter aber

auch, daß der Käufer die seinerseits auf die Sache gemachten Verwendungen vom Verkäufer, der die zurückgenommene Sache für sich verwertet, nur insoweit ersetzt verlangen kann, als der aus seinen Mitteln gesteigerte Wert derselben den Betrag seiner aus dem Vertrage stammenden Schuld übersteigt. Es widerspricht dem durch den Kaufvertrag begründeten Rechtsverhältnisse, wenn der Verkäufer, der kraft seines Eigentums an Grund und Boden Eigentümer des Eingebauten geworden ist, ohne Rücksicht auf das Wertsverhältnis zwischen der Kaufsache und seinen Ansprüchen aus dem Kaufvertrage zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet wird, und es läßt sich die Folgerung nicht abweisen, daß der Käufer, der sich zur Einstellung des Baues gezwungen sieht, des Abbruchsrechts und im Anschluß daran des Ersatzanspruches, soweit dadurch das Befriedigungsrecht des Verkäufers beeinträchtigt wird, verlustig geht. Der Ersatzanspruch des Käufers ist somit nur unter der Voraussetzung des Mehrwertes der Kaufsache berechtigt. An dieser Voraussetzung aber fehlt es im vorliegenden Falle. Wie sich die Beweislast bezüglich des Wertverhältnisses gestaltet, bedarf weiterer Erörterung nicht, nachdem vom Berufungsgericht, wie der Wert der Einbauung, so auch der Wert des unbebauten Grundstücks und der Betrag des dem Beklagten aus dem Kaufvertrage zustehenden Anspruches ohne Rechtsverstoß festgestellt ist. Dieser Anspruch setzt sich zusammen aus dem den derzeitigen Wert des unbebauten Grundstücks übersteigenden Betrag der Kaufpreisforderung und dem Betrage der durch Nichterfüllung verwirkten Geldstrafe. Die Ansetzung der letzteren ist nicht zu beanstanden. In dem Kaufvertrage ist die Verwirkung einer Konventionalstrafe von 5000 ℳ für den Fall der Nichterfüllung mit der Bestimmung festgesetzt, daß neben derselben der Anspruch auf Erfüllung bestehen bleibt, und die Auslegung, welche diese Bestimmung in der Berufungsinstanz dahin gefunden hat, daß Strafe und Erfüllung mit- und nebeneinander gefordert werden dürfen, läßt sich als rechtsirrtümlich nicht kennzeichnen. Ist auch davon auszugehen, daß die Vertragsstrafe im Zweifel nicht neben dem Erfüllungsanspruch gewollt ist, so ist doch immerhin der Wille der Vertragschließenden im Einzelfalle maßgebend. Und den Willen der Vertragschließenden, daß die Konventionalstrafe mit und neben der Erfüllung solle gefordert werden können, hat das Berufungsgericht auf Grund des

Wortlauts der Vertragsurkunde in unanfechtbarer Weise festgestellt. Ebenso liegt auch ein Grund, die Vertragsstrafe in Ansehung des Abbruchsrechts und des Ersatzanspruchs anders, als die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung zu behandeln, nicht vor; denn auch sie hat in dem Kaufvertrage ihre Grundlage. Belanglos ist weiter, daß nach eröffnetem Konkurse die Erfüllung vom Konkursverwalter abgelehnt ist; der Kaufvertrag ist damit nicht aufgehoben; die Rechtsfolgen, welche sich an die Nichterfüllung nach Gesetz oder Vereinbarung knüpfen, vermag die Nichterfüllungserklärung nicht auszuschließen, wie solches, namentlich bezüglich des Verfalls der das Erfüllungsinteresse darstellenden Vertragsstrafe, bereits vom Reichsgericht wiederholt ausgeführt worden ist. Daß aber die im § 63 K.O. bezüglich der Geldstrafen getroffene Bestimmung die Vertragsstrafe nicht berührt, wird weiterer Ausführung nicht bedürfen. Der überschießende Betrag der Kaufpreisforderung beziffert sich auf 4069 ℳ, sodaß der Gesamtanspruch des Beklagten aus dem Kaufvertrage den Wert der Einbauung noch um den Betrag von 803,32 ℳ übersteigt.

Der Kläger ist sonach durch die angefochtene Entscheidung nicht beschwert, seine Revision daher als unbegründet zurückzuweisen." ...

---

46. Ist ein Vergleich, durch den die Parteien den Streit über die Frage schlichten, ob die unter ihnen geschlossenen Verträge gültige Kauf- oder Kommissionsgeschäfte, oder aber klaglose Differenzgeschäfte darstellen, deswegen unwirksam, weil es sich in Wahrheit um Differenzgeschäfte handelte?

VII. Civilsenat. Urt. v. 2. Juli 1901 i. S. M. (Bekl.) w. R. (Kl.). Rep. VII. 132/01.

I. Landgericht Stuttgart.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Über die Frage, ob Kauf- oder Kommissionsgeschäfte oder aber klaglose Differenzgeschäfte vorliegen, war in einem Vorprozesse ge-

stritten, der durch Vergleich beendet wurde. Als Klage auf Erfüllung der im Vergleiche übernommenen Verbindlichkeiten erhoben wurde, behauptete der Beklagte Nichtigkeit des Vergleichs mit der Begründung, daß derselbe die Erledigung von Ansprüchen aus reinen Differenzgeschäften bezweckt habe. Beide Vorinstanzen haben den Einwand verworfen. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Als eine thatsächliche und deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogene Feststellung erscheint die Annahme der Vorinstanzen, daß in dem bei dem Landgerichte Ulm geführten Rechtsstreite die Parteien nicht etwa Scheines halber, sondern im Ernst darüber gestritten haben, ob die mit der Klage geltend gemachte Forderung aus klaglosen Differenzgeschäften, oder aus gültigen Kaufverträgen herrühre, und daß der Vergleich die Beseitigung dieses Streites zum Gegenstande gehabt habe. In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen aber muß ein Vergleich solchen Inhalts für rechtlich wirksam erachtet werden. Wenn der Gesetzgeber dem Spielvertrage, den er nicht bloß als wirtschaftlich unfruchtbar, sondern auch als gefährlich betrachtet, die Klagbarkeit versagt, und ihm keine andere Wirkung beilegt, als daß er sich zur Grundlage einer freiwilligen Erfüllung eignet, so erstreckt diese ablehnende Haltung sich allerdings mit innerer Notwendigkeit auch auf das Anerkenntnis der Spielschuld und die zum Zwecke der Erfüllung oder Sicherung derselben abgegebenen formalen Schuldversprechen; aus ihnen findet ebensowenig eine Klage statt, als aus dem Spielvertrage selbst. Es kann auch nicht unterschieden werden zwischen den während der Fortsetzung des Spiels, unmittelbar unter dem Einfluß dieser Thatsache, und den erst nachher abgegebenen Verpflichtungserklärungen; beide vermögen eine neue Rechtsgrundlage nicht zu erzeugen, sondern stehen lediglich auf dem Boden des Spielgeschäftes selbst. Dasselbe gilt, wie keiner Ausführung bedarf, von Vergleichen, welche nur die äußere Form für ein in Wahrheit gewolltes bloßes Schuldanerkenntnis bilden; ein Fall, der nach den oben erwähnten Feststellungen des Berufungsrichters hier jedoch nicht vorliegt. Man mag ferner auch den ernstgemeinten Vergleich dann als unwirksam betrachten müssen, wenn er im eigentlichen Sinne über eine Spielschuld, behufs Erfüllung einer

solchen, geschlossen ist, d. h. wenn die Parteien über eine Schuld, die in Wirklichkeit eine Spielschuld darstellt, in Unkenntnis dieses ihres Charakters und ihrer Klaglosigkeit über Punkte, die auch bei klagbaren Geschäften Gegenstände von Streitigkeiten bilden können, z. B. über die Perfektion des Geschäfts oder die Erfüllung desselben, verschiedener Meinung gewesen sind und diesen Streit durch wechselseitiges Nachgeben zu beseitigen beabsichtigt haben; dahingestellt bleibt jedoch, ob bei solchen Verträgen der wahre Grund der Ungültigkeit nicht vielmehr in dem Irrtum gefunden werden muß. Allein auch ein so gearteter Vertrag liegt hier wiederum nach den Feststellungen nicht vor; die Parteien sind nicht etwa beide übereinstimmend der irrigen Meinung gewesen, daß es sich nicht um ein Differenzgeschäft handle, oder aber, wenn ein solches vorliegen sollte, daß aus ihm eine Klage hervorgehe, sondern sie haben gerade darüber gestritten, ob die Verträge den Charakter von Differenzgeschäften haben und deshalb nicht klagbar seien; der Beklagte weigerte die Zahlung, indem er diesen Standpunkt vertrat, während die Klägerin entgegengesetzter Ansicht war. Der einen solchen Streit erledigende Vergleich ist nicht zur Erfüllung einer Spielschuld, nicht „über ein Differenzgeschäft" geschlossen; denn er betrifft gerade die Frage, ob ein unklagbares Spielgeschäft, oder ob ein gültiger Vertrag vorliegt. Ihm haften nicht die Mängel an, welche die Ungültigkeit des Spielvertrages bewirken; er ruht nicht auf ihm, sondern findet seine Grundlage und die Voraussetzungen seiner Wirksamkeit in seinem darin bestehenden Gegenstande, daß über die bezeichnete Frage gestritten wird, und die Parteien diesen Streit beizulegen wünschen. Auf ihn treffen die gesetzgeberischen Rücksichten, die zur Anordnung der Klaglosigkeit des Spiels geführt haben, nicht zu; er kann als ein unfruchtbares und gefährliches Geschäft nicht bezeichnet werden; es liegt sogar ein Bedürfnis dafür vor, daß Streitigkeiten dieser Art durch Vergleiche geschlichtet werden können. Demselben würde nicht schon dann genügt werden, wenn man wiederum den Vergleich nur unter dem Beding seiner unmittelbaren Erfüllung durch dingliches Rechtsgeschäft und in den hierdurch gegebenen Grenzen anerkennen, dagegen im Falle eines nur obligatorischen Inhalts dem den Differenzcharakter behauptenden Kontrahenten das Recht einräumen wollte, den Streit, welchen zu schlichten die Parteien beabsichtigten, von neuem in seinem ganzen

Umfange ins Leben zu rufen. Aus der ablehnenden Haltung der Rechtsordnung gegenüber dem Spiel folgt nicht, daß es im Sinne des Gesetzes läge, auch bei Vergleichen über Gegenstände der hier gegebenen Art dem Parteiwillen die Verwirklichung zu versagen und die Rechtsfolgen, auf deren Herbeiführung er gerichtet ist, nicht eintreten zu lassen.

Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß der erkennende Senat durch die Rechtsprechung anderer Senate des Reichsgerichts gehindert werde, diese rechtlichen Annahmen dem Urteile zu Grunde zu legen, ohne gemäß § 137 G.V.G. eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate einzuholen. Den von der Revision herangezogenen Urteilen,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 138, Bd. 37 S. 416;
Jurist. Wochenschrift von 1900 S. 495,

liegen anders geartete Fälle zu Grunde. Insbesondere gilt dies auch von dem Urteile des V. Senates vom 1. Juli 1896,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 37 S. 416.

In dem dort abgeurteilten Falle war im Vorprozesse darüber gestritten, ob dem Kläger ein vertragswidriges Verhalten zur Last falle; den Differenzeinwand hatte die Beklagte nicht vorgeschützt, sondern diesen erhob sie erst nach Abschluß des Vergleiches gegenüber der auf dessen Erfüllung gerichteten Klage. Auf einer dahingehenden Rechtsansicht, daß ein Vergleich, dessen Gegenstand objektiv ein Differenzgeschäft bildet, auch dann ungültig sei, wenn die Parteien gerade über die Fragen der Differenznatur und der Klaglosigkeit der Geschäfte gestritten haben, beruht das genannte Urteil nicht."

---

47. Kommt ein (vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 12. Mai 1901 gefaßter) Beschluß des Verwaltungsrates einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, wonach die allgemeinen Bedingungen der Lebensversicherung dahin abgeändert werden, daß die Versicherungssumme auch im Falle des Selbstmordes gezahlt werden soll, auch denjenigen zustatten, welche das Recht auf die Versicherungssumme aus einem vor diesem Beschlusse geschlossenen Versicherungsvertrage herleiten?

VII. Civilsenat. Urt. v. 5. Juli 1901 i. S. Vers.-Ges. J. (Bekl.) w. B. u. Gen. (Kl.). Rep. VII. 165/01.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Laut Polize vom 31. Mai 1887 hatte der am 26. August 1897 infolge Selbstentleibung verstorbene Kaufmann N. in Gießen bei der Beklagten sein Leben mit 5000 ℳ, zahlbar am 1. Juli 1914 oder bei seinem früheren Tode, versichert. Bevor sich N. selbst entleibte, hatte er seine Ehefrau und seine drei Kinder tödlich verletzt; die letzteren starben zuerst nach ihm, sodann die Ehefrau, deren Erben die Kläger geworden sind. Die Beklagte war nur bereit, den Betrag der aufgelaufenen Prämienreserve mit 1210,47 ℳ zu zahlen, worauf die Kläger, indem sie behaupteten, daß N. den Selbstmord im Zustande der Geisteskrankheit verübt habe, Klage erhoben mit dem Antrage, die Beklagte zur Zahlung von 5000 ℳ mit 5 Prozent Prozeßzinsen seit dem 28. Januar 1898, dem Tage der Klagezustellung, zu verurteilen, wogegen die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, soweit sie den Betrag von 1210,47 ℳ übersteigt. Die Kläger führten aus: wenngleich nach § 10d der Versicherungsbedingungen der Vertrag im Falle des Selbstmordes ungültig werden solle, so sei doch hinzugefügt, diese Bestimmung schließe nicht aus, daß die Direktion der Beklagten in Fällen, in denen sie die Überzeugung gewinne, daß die Selbstentleibung in Fieberparoxysmus oder infolge einer Geisteskrankheit geschehen sei, die volle versicherte Summe zu zahlen habe, und trotz des Zusatzes, wonach sich die Direktion die Entscheidung, ohne zur Angabe von Gründen verpflichtet zu sein, vorbehält, sei es nicht in das Belieben und die reine Willkür der Gesellschaft gestellt, ob sie im Falle der Selbsttötung zahlen wolle, oder nicht; nach dem Grundsatze „in dubio contra eum qui clarius loqui debuit“ müsse die Beklagte vielmehr Auslegung dahin gelten lassen, daß sie zu zahlen verpflichtet sei; auch ergebe sich der Anspruch der Kläger aus der der Beklagten zur Last fallenden Arglist. Endlich aber beriefen sich die Kläger auf die in der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 27. Juli 1887 genehmigte Neuredaktion der „Bedingungen“, bei der § 10d durch folgenden § 12 ersetzt worden ist:

„Der Versicherungsvertrag bleibt ferner für die J. verbindlich, wenn

der Versicherte sich, gleichgültig ob in zurechnungsfähigem oder unzurechnungsfähigem Zustande, das Leben genommen hat, vorausgesetzt, daß die Versicherung zu diesem Zeitpunkte mindestens 5 Jahre ununterbrochen in Kraft war, und daß der Versicherte nicht wegen eines Verbrechens oder Vergehens, bei welchem der Verlust der Ehrenrechte eintreten kann, strafrechtliche Verfolgung zu gewärtigen hatte."

Diese Bestimmung habe auch für die laufenden Versicherungen gelten sollen, und die neuen Bedingungen seien den Mitgliedern mitgeteilt und durch Cirkular bekannt gemacht worden. Überdies folge aus der Eigenschaft der Beklagten als einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit, daß N. nicht habe schlechter gestellt werden können als die übrigen Mitglieder. N. habe auch die Tötung der Seinen in Geisteskrankheit verübt.

Die Beklagte bestritt sämtliche An- und Ausführungen der Gegner und stützte ihren Antrag auf § 10d der allgemeinen Versicherungsbedingungen.

Die Beklagte wurde vom Landgerichte nach dem Klagantrag verurteilt; ihre Berufung wurde zurückgewiesen, und ebenso die Revision, letztere aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf der Annahme, daß § 12 der neuen Versicherungsbedingungen auch für die Versicherung des N. gelte, sowie daß die Voraussetzungen vorliegen, von denen nach diesem § 12 die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Versicherungssumme abhängig gemacht ist. Keine dieser Annahmen beruht auf Gesetzesverletzung.

Was den ersten Punkt anlangt, so ist die verklagte Gesellschaft nach ihrem Statute (§ 1 Abs. 1) eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, deren Wesen darin besteht, daß die Versicherungsnehmer, welche durch Abschluß des Versicherungsvertrages Mitglieder der Gesellschaft werden (§ 3 des Statutes), als solche zugleich das Risiko des Versicherers tragen, wie dies in § 19 Abs. 2. § 20 des Statutes zum Ausdrucke gekommen ist. An dieser Eigenschaft der Gesellschaft wird weder dadurch etwas geändert, daß ihr Korporationsrechte verliehen sind, noch dadurch, daß sie auch mit Personen Versicherungsverträge abschließt, die nicht Mitglieder werden, denen sie also nich

anders gegenüberstehe, als z. B. eine Versicherungs-Aktiengesellschaft gegenüber den Versicherungsnehmern.

Unerörtert kann für den vorliegenden Fall bleiben, ob die über die juristische Natur des Verhältnisses der Mitglieder zur Gesellschaft bestehende Streitfrage (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. 1 S. 138) dahin zu entscheiden ist, daß ein reines Mitgliedschaftsverhältnis vorliege, wonach sämtliche Versicherungsrechte und -pflichten nur Ausflüsse dieser Mitgliedschaft bilden, oder ob die Versicherungswirkungen als Inhalt eines selbständigen Versicherungsvertrages zu betrachten sind; denn jedenfalls hat der durch Abschluß des Versicherungsvertrages Mitglied Gewordene auch die in der Mitgliedschaft bestehenden Rechte erworben,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 385, Bd. 4 S. 394, Bd. 11 S. 382,

und jedenfalls können auch diese Rechte grundsätzlich nicht durch Beschlüsse der Gesellschaft oder ihrer satzungsmäßigen Organe beeinträchtigt werden. Als ein solches unantastbares Sonderrecht der Mitglieder ist nun mit dem Berufungsrichter das Recht auf gleiche Behandlung mit den übrigen Mitgliedern anzuerkennen. Die Verschiedenheit der Versicherungsverträge, welche eine Gegenseitigkeitsgesellschaft nach ihren Statuten und allgemeinen Versicherungsbedingungen dem Publikum zur Auswahl stellt, führt freilich naturgemäß zu den verschiedenartigsten Gruppen von Versicherten; jener Grundsatz bedeutet daher auch nur, daß die innerhalb derselben Gruppe Stehenden den Anspruch auf gleiche Behandlung haben. Es folgt dies unmittelbar aus dem Wesen des Vereines auf Gegenseitigkeit, welches darin besteht, daß die Versicherten selbst zugleich das Risiko der Versicherung tragen. Wenn nun das nach dem Statute der Beklagten von den Mitgliedern dazu bevollmächtigte Organ die allgemeinen Versicherungsbedingungen, welche zur Zeit des Eintrittes des K. für den Fall des Selbstmordes das Erlöschen der Versicherungen bestimmten, dahin abänderte, daß der Versicherungsvertrag auch im Falle des Selbstmordes unter gewissen, in § 12 festgestellten Voraussetzungen für die Gesellschaft verbindlich sein solle, so ist von vornherein davon auszugehen, daß dieser Beschluß, soweit es der Grundsatz der gleichen Behandlung mit sich bringt, auch auf das Rechtsverhältnis der bereits vorhandenen Mitglieder einwirkt: wie diese an der durch die neue Selbstmordklausel eingeführten

Erhöhung des Risikos teilnehmen, so muß ihnen auf der anderen Seite auch die den neuen Mitgliedern gewährte Vergünstigung — dieselben haben nicht etwa eine höhere Prämie zu zahlen — zustatten kommen. Nur in diesem Sinne konnte der Verwaltungsrat von der ihm durch das Statut erteilten Vollmacht Gebrauch machen. Der Beschluß vom 27. Juli 1887 spricht auch keineswegs aus, daß die neuen allgemeinen Versicherungsbedingungen nur für die neueintretenden Mitglieder maßgebend sein sollen. Wäre aber, wie die Beklagte behauptet und später in Cirkularen an die Agenten die Direktion durchzuführen versucht hat, eine solche Beschränkung beabsichtigt gewesen, so müßte ihr die Wirksamkeit versagt werden, da sie einen Eingriff in die Sonderrechte der Mitglieder enthalten würde; letztere konnten vielmehr, sobald sie von den neuen Bedingungen Kenntnis erhielten, die Feststellung beanspruchen, daß die neuen Bedingungen auch für ihre Versicherungsverhältnisse gelten. Da die Beklagte es unterlassen hat, den Versicherungsnehmer N. bei Lebzeiten von der eingetretenen Änderung in Kenntnis zu setzen und ihm so die Gelegenheit zur Herbeiführung jener Feststellung zu geben, so muß nach dem inzwischen eingetretenen Tode des N. den auf Grund der Polize zur Einforderung der Versicherungssumme berechtigten Klägern auch die Befugnis zuerkannt werden, sich gegenüber dem auf Selbstmord und § 10 der alten Bedingungen gestützten Einwande der Beklagten unmittelbar auf § 12 der neuen Bedingungen als Inhalt des Versicherungsverhältnisses zu berufen.

Vgl. Jur. Wochenschr. 1896 S. 190, 1890 S. 85; Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. 1 S. 135; Hinrichs in der Zeitschr. f. Handelr. Bd. 20 S. 436; Lehner, Die rechtliche Stellung der Mitglieder einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit S. 48.

Seitens der Beklagten ist hiergegen folgendes geltend gemacht worden: der Beschluß vom 27. Juli 1887 habe zugleich in § 9 die Änderung eingeführt, daß der Dividendenbezug mit Ende der Prämienzahlung aufhöre, was nach dem alten § 8 nicht der Fall war; danach enthielten die eingeführten Änderungen zugleich eine Verschlechterung der Lage der Versicherten. Ob diese Verschlechterung mit der neuen Selbstmordklausel zusammenhängt, kann dahingestellt bleiben; auch kann zugegeben werden, daß es dem Anspruche der Mit-

glieder auf gleiche Behandlung nicht widersprechen würde, wenn zwei Gruppen von Mitgliedern zugelassen würden: die eine, deren Versicherung bei Selbstmord außer Kraft tritt, aber unbeschränkten Dividendenbezug gewährt, die andere, deren Verträge die Versicherung auch im Falle des Selbstmordes gelten lassen, aber mit beschränktem Dividendenbezuge verbunden sind. Dann wäre die Beklagte ohne Zweifel befugt gewesen, nach Einführung der neuen allgemeinen Bedingungen mit den bereits vorhandenen Mitgliedern besondere Abkommen darüber zu treffen, ob sie der einen, oder der anderen Gruppe angehören wollen, und das Stillschweigen der zur Erklärung Aufgeforderten dahin auszulegen, daß sie an den alten Bedingungen festhalten wollten. Da aber die Beklagte ein solches Verfahren nicht eingeschlagen hat, so kann sie dem aus der Versicherung Berechtigten, der die neuen Bedingungen für sich in Anspruch nimmt, nicht entgegenhalten, daß diese Bedingungen ihm ungünstiger seien.

Wenn sodann die Beklagte zur Begründung der Revision auf § 41 Abs. 3 des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (R.G.Bl. S. 139) hinweist, welcher bestimmt: „Durch eine Änderung der Satzung oder der allgemeinen Versicherungsbestimmungen wird ein bestehendes Versicherungsverhältnis nur berührt, wenn der Versicherte der Veränderung ausdrücklich zustimmt", so geschieht dies von ihr selbst nicht in der Absicht, dieses Gesetz als auf den vorliegenden Fall anwendbar zu bezeichnen, was unzulässig wäre, sondern in der Meinung, daß man die Übereinstimmung des alten mit dem neuen Rechte voraussetzen müsse, oder daß es wenigstens geboten sei, bei Entscheidung einer zweifelhaften Frage das neue Recht zum Muster zu nehmen. Dieser Meinung muß aber jede Berechtigung abgesprochen werden; weshalb von einer Erörterung der Frage abzusehen ist, wie sich die Dinge gestalten würden, wenn unter Herrschaft des neuen Gesetzes von einem Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit ein Beschluß, wie derjenige vom 27. Juli 1887, gefaßt werden sollte.

Die thatsächliche Feststellung, daß N., dessen Versicherung zur Zeit seines Todes bereits fünf Jahre in Kraft war, den Selbstmord sowie die tödliche Verletzung seiner Frau und Kinder im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit ausgeführt und deshalb strafrechtliche Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nicht zu gewärtigen

gehabt habe, ist vom Berufungsgerichte auf Grund der erhobenen Beweise getroffen worden. Daß hierbei eine gesetzliche Norm verletzt worden sei, ist nicht ersichtlich." ...

---

48. 1. Hört der Erfüllungsverzug durch Arrestpfändung der betreffenden Forderung auf?

2. Durch welche Art von Hinterlegung kann der Schuldner sich von seiner Verbindlichkeit frei machen?

3. Kann der Gläubiger, dessen Forderung gepfändet und seinem pfändenden Gläubiger zur Einziehung überwiesen ist, gegen den Drittschuldner auf Zahlung an den Pfändungspfandgläubiger klagen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 17. Oktober 1901 i. S. Sch. (Bekl. u. Widerkl.) u. Gen. (Nebeninterv.) w. H.-Brauerei-Gesellsch. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. VI. 209/01.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klage war in dieser Sache nach Maßgabe von § 767 C.P.O. n. F. erhoben worden, und zwar auf die Feststellung, daß aus zwei Urteilen aus den Jahren 1893 und 1894, durch welche die Klägerin dem Beklagten zu Geldzahlungen verurteilt worden, und denen in Ansehung des Kapitals inzwischen Folge geleistet war, keine weitere Zwangsvollstreckung zulässig sei, nämlich nicht auf gewisse Zinsbeträge, die an sich mit zugesprochen waren und von dem Beklagten auch noch in Anspruch genommen wurden. Der Beklagte hatte Widerklage erhoben auf Zahlung gewisser anderer Zinsbeträge an zwei andere Personen, für welche die ihm zustehende Forderung auf diese Beträge gepfändet, und denen sie zur Einziehung überwiesen war, und die ihm in diesem Prozesse als Nebenintervenienten beitraten. In erster Instanz wurde sowohl der Klage, als auch der Widerklage entsprechend erkannt, in zweiter Instanz die Berufungen des Beklagten und seiner Nebenintervenienten zurückgewiesen, dagegen auf Berufung der Klägerin die Widerklage abgewiesen. Das Reichsgericht hat der

Revision des Beklagten und der Nebenintervenienten in beiden Punkten Recht gegeben aus den folgenden

Gründen:

„Was zunächst die Hauptklage anlangt, so dreht sich der Streit nur darum, ob die Klägerin aus den früheren Verurteilungen Verzugs-, bezw. Prozeßzinsen auch noch für die Zeit schuldet, seitdem in ihre Hauptschuld Arrestpfändung zu Gunsten der jetzigen Nebenintervenienten stattgefunden hat. Die Klägerin hat gemeint, daß wegen der durch diese Pfändung bewirkten Ungewißheit, an wen schließlich zu zahlen sein werde, bezw. wegen des ergangenen einstweiligen Verbotes, an den jetzigen Beklagten zu zahlen, der Zinsenlauf unterbrochen sei, und die vorigen Instanzen haben ihr . . . darin Recht gegeben. Dem kann jedoch nicht beigestimmt werden. Es braucht nicht erörtert zu werden, ob und inwieweit hier überhaupt der Umstand, daß die Klägerin aufgehört hätte, sich ferner in Erfüllungsverzug zu befinden, ins Gericht fallen würde. Denn jedenfalls ist dem Oberlandesgericht darin beizutreten, daß, wenn die Möglichkeit einer Hinterlegung des Geschuldeten vorlag, dann auch bei der oben erwähnten Sachlage der Verzug der Klägerin nach dem hier noch anzuwendenden gemeinen Rechte nur durch solche Hinterlegung beseitigt werden konnte; (vgl. l. 1 §§ 36. 37 Dig. depos. 16, 3; l. 18 § 1 Dig. de usur. 22, 1). Das Oberlandesgericht leugnet nun aber, daß eine in Betracht kommende Möglichkeit der Hinterlegung vorgelegen habe, weil damals in Hamburg noch keine Behörde existiert habe, welche verpflichtet gewesen sei, solche Hinterlegungen entgegen zu nehmen; eine solche sei erst durch die hamburgische Hinterlegungsordnung vom 14. Juli 1899 im Zusammenhange mit dem Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches geschaffen worden. Diese Begründung beruht auf einer rechtsirrigen Auffassung der gemeinrechtlichen Normen über die Befreiung des Schuldners durch Hinterlegung. Es mag dabei ganz abgesehen werden von den Bedenken, die die Annahme des Berufungsgerichtes, daß in Hamburg vor 1900 keine Behörde zur Entgegennahme solcher Hinterlegungen verpflichtet gewesen sei, hervorzurufen geeignet ist gegenüber der wenigstens sehr verbreiteten Lehre älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller, wonach eben auf Grund der schon erwähnten gemeinrechtlichen Normen auch ohne besondere Hinterlegungsordnung den Gerichten

jene Pflicht obliegen sollte. Geht man auch davon aus, daß das Oberlandesgericht hier in einer das Revisionsgericht bindenden Weise eine partikularrechtliche Norm festgestellt habe, so würde diese als Entscheidungsgrund zunächst doch mindestens in Ansehung der für die Zeit vom 1. Januar bis zum 16. März 1900 geforderten Zinsen versagen, da, wie auch das Oberlandesgericht nicht anders unterstellt, seit dem 1. Januar 1900 die hamburgische Hinterlegungsordnung vom 14. Juli 1899 in Geltung war (vgl. § 41 dieses Gesetzes), durch deren § 1 öffentliche Hinterlegungsstellen bei den Amtsgerichten eingeführt worden waren. Aber hierauf kommt es nicht einmal an, da, wie erwähnt, bei diesem ganzen Entscheidungsgrunde die Bedeutung der gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Befreiung durch Hinterlegung verkannt ist. Denn diese setzen gar nicht voraus, daß die Hinterlegung bei einer einfürallemalzur Entgegennahme verpflichteten richterlichen oder sonstigen Behörde stattfinde, ja nicht einmal, daß sie überhaupt bei einer Behörde geschehe; vielmehr soll z. B. nach l. 28 § 1 Dig. de adm. et peric. 26, 7 nur „in tuto loco" hinterlegt werden, und wenn auch l. 19 C. de usur. 4, 32 zunächst von einer Deposition „in publico" spricht, so wird dies doch sogleich in einem weiteren Sinne erklärt, und eventuell dem Schuldner anheim gegeben, sich an das Gericht zu wenden, damit dieses ihn zur Deposition an irgend einem bestimmten Orte befuge. Nun bezeugt noch dazu das Berufungsgericht selbst, daß thatsächlich auch in Hamburg vor 1900 Gerichte und andere Behörden öfter Hinterlegungen angenommen haben, wie dies auch dem Reichsgericht aus vor ihm verhandelten Rechtssachen bekannt ist und aus den §§ 42 und 43 der angeführten hamburgischen Hinterlegungsordnung sich ergiebt. Daß also es der Klägerin überhaupt nicht möglich gewesen sein würde, die geschuldeten Beträge zu hinterlegen, wenn sie dies gewollt hätte, dafür liegt nicht das Mindeste vor; sie hat auch gar nicht behauptet, daß sie eine Hinterlegung versucht habe, diese aber nicht auszuführen gewesen sei. Dann aber ist auch kein Grund für die Unterbrechung des Zinsenlaufes gegeben, mithin die der Klage entsprechende Entscheidung nicht aufrecht zu halten.

Die Widerklage ist vom Berufungsgericht aus dem Grunde abgewiesen worden, weil der Gläubiger, dem die Zahlung an ihn geschuldet werde, nicht auf Zahlung an einen Dritten klagen

könne, wenn dieser auch, wie hier, der Pfändungspfandgläuber sei, dem die fragliche Forderung zur Einziehung überwiesen sei; vielmehr könne in einem solchen Falle überhaupt nur der letztere auf Zahlung klagen. Auch dies ist rechtsirrig. Trotz der Pfändung bleibt der gepfändete Gläubiger doch immer Gläubiger des Drittschuldners; auf Zahlung an ihn selbst kann er freilich, so lange das Pfandrecht seines Gläubigers besteht, nicht klagen; aber warum er nicht auf Zahlung an den letzteren sollte klagen können, ist nicht abzusehen; denn es ist nicht zu verstehen, inwiefern die Rechtsstellung des Drittschuldners sollte, wie das Oberlandesgericht meint, dadurch verschlechtert werden können, daß nicht bloß der Pfändungspfandgläubiger, sondern auch der Schuldner des letzteren, der sein eigentlicher Gläubiger ist, ihn auf Zahlung an jenen verklagen kann. Die Klägerin selbst hatte eine solche Einwendung auch gar nicht vorgebracht. Da im übrigen die Verurteilung der letzteren aus den vom Landgerichte angeführten Gründen gerechtfertigt erschien, so mußte nicht nur die angefochtene Entscheidung in betreff der Widerklage aufgehoben, sondern auch nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 C.P.O. zugleich die Berufung der Klägerin zurückgewiesen werden.

Ebenso war aber auch in Ansehung der Klage die Sache zur Endentscheidung reif, sodaß den von dem Beklagten und den Nebenintervenienten eingelegten Berufungen entsprochen werden mußte." ...

---

49. 1. Voraussetzungen der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache.

2. Ist nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für vorher erfolgte Defl orationen die Defl orationsklage noch zulässig? Ist erfolgte Schwängerung eine Voraussetzung derselben? Ist Klagegrund die stattgehabte Verführung, oder genügt die Thatsache der Beischlafsvollziehung? Gesetzliche Präsumtion hinsichtlich der Verführung.

III. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1901 i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. III. 273/01.

I. Landgericht Lüneburg.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Beklagte hatte mit Rücksicht auf eine von der Klägerin vorher gegen ihn erhobene, rechtskräftig abgewiesene Verlöbnisklage, in welcher sie bereits behauptet hatte, daß es auch zur Beischlafsvollziehung zwischen ihr und dem Beklagten gekommen sei, der jetzt erhobenen Defloration sklage den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegengesetzt. Der Einwand ist vom Berufungsgerichte verworfen und die Defloration sklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erkannt. Im übrigen ergiebt sich das Sachverhältnis aus nachstehenden

Gründen:

„Die Revision erhebt zunächst den Angriff, daß der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zu Unrecht verworfen worden sei. Der Angriff erscheint nicht begründet. Allerdings ist den Vordersätzen der Revision zweifellos zuzustimmen, daß es nicht darauf ankommt, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten ein Anspruch erhoben wird, und ferner, daß das ganze zur Begründung des Anspruchs vorgebrachte Material berücksichtigt werden muß, wenn auch der Kläger auf einen Teil dieses Materials kein Gewicht gelegt hat. Aber es muß doch, um dem Einwande stattgeben zu können, im Vor- und Nachprozeß derselbe Anspruch in Frage gestanden haben und das zu berücksichtigende Material eben zur Begründung dieses Anspruchs beigebracht sein. Nun kann es an sich keinem Zweifel unterliegen, daß ein Anspruch aus einem Verlöbnis ein durchaus anderer ist, als der Defloration sanspruch, und zwar sowohl dem Grunde, als auch dem Gegenstande nach. Dem Grunde nach beruht ersterer auf der Nichterfüllung des Verlöbnisvertrages, letzterer auf Zerstörung der jungfräulichen Ehre; dem Gegenstande nach geht ersterer auf Vollziehung der Ehe, eventuell auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertragsinhalts, letzterer auf Entschädigung wegen der genommenen Virginität und der damit geminderten Heiratsgelegenheit. Nun hat Klägerin im Vorprozeß in erster Instanz nur den Antrag auf Verurteilung zur Eingehung der Ehe gestellt. Hieraus ergiebt sich, daß in erster Instanz ein Anspruch aus der Defloration jedenfalls nicht erhoben werden sollte. Es ist zwar eventuell geltend gemacht, daß zu dem Eheversprechen der Beischlaf hinzugekommen sei. Aber der Zusammenhang ergiebt, daß dies nur geltend gemacht ist, weil nach einzelnen Partikularrechten auch das unförmliche Eheversprechen durch Hinzutritt des Beischlafs gültig wird. Ist hiernach in erster

Instanz unzweifelhaft nur die Verlöbnisklage erhoben, so würde, wenn in zweiter Instanz die Deflorationsklage erhoben wäre, hierin eine nur mit Einwilligung des Gegners zulässige Klagänderung gelegen haben, an die ausweislich des früheren Urteils niemand gedacht hat. Daß aber auch thatsächlich in der Berufungsinstanz, obwohl in ihr eventuell der Antrag auf Entschädigung gestellt, und obwohl bei Bemessung der Entschädigungssumme von der Klägerin neben anderen Schadensforderungen auch vorgetragen ist, daß sie mit Rücksicht darauf, daß sie zum Beischlaf verführt sei, auch ein Kranzgeld beanspruchen könne, dennoch die Erhebung eines neuen, anderen Anspruchs nicht beabsichtigt ist, ergiebt ganz klar die ausdrückliche Motivierung, daß der neue eventuelle Antrag auf Entschädigung mit Rücksicht auf die möglicherweise auch auf frühere Verlöbnisse zur Anwendung zu bringenden neuen Bestimmungen §§ 1297 flg. B.G.B. gestellt werde. Eben hieraus, weil nach dem § 1300 B.G.B. die Entschädigungsklage aus dem Verlöbnis im Fall stattgehabter Beischlafsvollziehung einen weiteren Umfang hat, auch Schaden umfaßt, der nicht Vermögensschade ist, erklärt sich auch die Heranziehung des Beischlafs und der Ausdruck Kranzgeld, mit dem eben dieser Schade des § 1300 B.G.B. mit kurzem Ausdruck bezeichnet ist. Da sich also das ganze Vorbringen der Klägerin mit der angestellten Verlöbnisklage vereinigen läßt, so konnte bei solcher Sachlage weder der Gegner, noch das Gericht annehmen, daß ein neuer Anspruch hat erhoben werden sollen, und das Gericht hat dann auch thatsächlich, wie das jetzt angefochtene Berufungsurteil zutreffend darlegt, in dem damaligen Urteil lediglich über die angestellte Verlöbnisklage erkennen wollen und thatsächlich erkannt. Der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist daher der jetzt erhobenen Deflorationsklage gegenüber mit Recht für unbegründet erklärt.

Aber auch die gegen die Zuerkennung des Deflorationsanspruchs weiter erhobenen Bedenken sind unbegründet. Daß zunächst, obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch die Deflorationsklage nicht mehr kennt, dieselbe für die unter der Herrschaft des früheren Rechts erfolgten Deflorationen noch gegeben ist, folgt, da es sich hier um rein obligatorische Ansprüche handelt, ohne weiteres aus Art. 170 des Einf.-Ges. zum B.G.B. Ebenso verfehlt ist die Rüge, daß nur bei erfolgter Schwängerung der Deflorationsanspruch hätte für begründet erachtet werden dürfen.

Denn im Anschluß an die Bestimmung des kanonischen Rechts c. 2 X de adult. 5, 16 „si seduxerit quis virginem dormieritque cum ea", welche von einer Schwängerung nichts enthält, kennt auch das gemeinrechtliche Gewohnheitsrecht auf welchem der Defloration sanspruch beruht, ein solches Erfordernis nicht,

vgl. außer den vom Berufungsgericht Citierten noch Windscheid, Pandektenrecht § 493. 3. c; Dernburg, Pandekten Bd. 3 § 15 Anm. 8,

und daß für Hannover kein abweichendes Partikularrecht besteht, hat das Berufungsgericht irrevisibel festgestellt. An der positiven Gestaltung des Gewohnheitsrechts scheitert auch der weitere Angriff, daß, da zum Klagegrunde die Verführung gehöre, also nicht die Beischlafsvollziehung genüge, die Klägerin auch die stattgehabte Verführung habe beweisen müssen. Denn wenn auch die Verführung zum Klagegrunde gehört und bloße Beischlafsvollziehung nicht genügt, so hat sich doch,

vgl. Seuffert's Archiv Bd. 30 Nr. 33 und die dort angeführte Litteratur,

das fragliche Gewohnheitsrecht dahin entwickelt, daß eine gesetzliche Präsumtion dafür spricht, daß der Mann der Verführer ist; welche Präsumtion er zu widerlegen hat." ...

III. Preußisches Recht.

50. 1. Welche Wirkungen treten gegen die Erwerber einer Kohlenabbaugerechtigkeit ein, wenn auf dem für sie angelegten Grundbuchblatte die vertragsmäßig festgesetzte Verpflichtung, einen Tonnenzins zu entrichten, nicht mit eingetragen worden ist?

2. Ist eine solche Verpflichtung als „Beschränkung des Eigentumsrechtes" im Sinne des § 11 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 anzusehen?

V. Civilsenat. Urt. v. 3. April 1901 i. S. S. (Kl.) w. K. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 30/01.

I. Landgericht Kottbus.
II. Kammergericht Berlin.

Durch Vertrag vom 8. Juni 1872 erhielt der Gutsbesitzer R. von einer größeren Anzahl Gutsbesitzern in T., darunter auch dem Kläger, das Recht eingeräumt:

„unter ihren sämtlichen Grundstücken in der Feldmark T. sämtliche dem Bergwerksregal unterliegenden Mineralien und Fossilien, namentlich aber Stein- und Braunkohle auszubeuten."

Als „Preis für die Überlassung dieses Rechtes" war in dem Vertrage ein Zins von 2 ℳ für jede zu Tage geförderte und abgefahrene Tonne Kohle bedungen. Darüber, wann mit dem Abbau begonnen werden sollte, enthält der Vertrag keine Bestimmung; der Kläger behauptet aber, daß R. vor und bei Abschluß desselben erklärt habe, er werde mit dem Bergbaubetriebe alsbald beginnen. Nur mit Rücksicht hierauf hätten sich die Besitzer bereit finden lassen, das

Kohlenabbaurecht ohne jede weitere Entschädigung als die vorerwähnte zu bewilligen. Später soll der Vertrag auch gerichtlich verlautbart worden sein; wann, steht nicht fest. Erst im Oktober 1889 wurde das Kohlenabbaurecht von den Grundstücken des Klägers und der übrigen an dem Vertrage beteiligten Grundstücksbesitzer abgeschrieben und für die Erben des Bergwerksdirektors E. und den jetzigen Nebenintervenienten St. auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragen. Dabei ist im Grundbuch keinerlei Hinweis auf den Vertrag vom 8. Juni 1872 erfolgt, auch die Verpflichtung des Abbauberechtigten, mit dem Abbau alsbald zu beginnen oder einen Tonnenzins zu entrichten, nicht erwähnt. Demnächst hat die Beklagte durch notariellen Vertrag vom 17. Mai 1898 die Kohlenabbaugerechtigkeit von den eingetragenen Eigentümern für ca. 97000 ℳ gekauft und am 1. Juni 1898 aufgelassen erhalten. Auch in diesem Vertrage ist auf den ursprünglichen Vertrag vom 8. Juni 1872 und auf die von R. den Grundbesitzern gegenüber eingegangenen Verpflichtungen nicht Bezug genommen. Begonnen ist mit dem Abbau bis heute noch nicht.

Der Kläger will eine längere Verzögerung der Inangriffnahme des Abbaues nicht dulden und ist dahin klagbar geworden:

princ. die Beklagte zu verurteilen, mit der Kohlenförderung auf den ihm gehörigen Parzellen binnen 4 Wochen oder eines anderweitig vom Gericht zu bestimmenden Zeitraumes zu beginnen und den Betrieb des Bergwerkes ordnungsmäßig fortzusetzen;

event. die Beklagte hierzu mit der Maßgabe zu verurteilen, daß sie auf einer der durch den Vertrag vom 8. Juni 1872 bezeichneten Parzellen mit der Kohlenförderung zu beginnen habe.

Die Klage ist in den Vorinstanzen abgewiesen worden. Auch die Revision des Klägers ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Die Beklagte hat das Abbaurecht von den E.'schen Erben und dem jetzigen Nebenintervenienten St., die als Eigentümer desselben im Grundbuche eingetragen waren, erworben. Auf diesen Erwerb finden nach § 68 Eig.-Erw.-Ges. diejenigen Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung, welche für den Eigentumserwerb an Grundstücken gelten, also auch diejenigen, welche einem Erwerb, der sich in gutem Glauben an das Grundbuch vollzogen hat, zur Seite stehen. Dieser Glaube an das Grundbuch ist nach seiner negativen Seite das Ver-

trauen auf dessen Vollständigkeit. So, wie das Grundbuch das Recht des eingetragenen Eigentümers ausweist, soll es von einem Dritten, der sich auf das Grundbuch verläßt, erworben werden. Damit gewinnt der Inhalt des Grundbuches eine über das bloße Bestehen des Eigentums hinausgreifende Bedeutung; er sichert dem gutgläubigen Erwerber nicht bloß zu, daß er Eigentum erwirbt, sondern auch, daß er es so erwirbt, wie es eingetragen ist. Dies zeigt sich, wie bei Grundstücken, so auch bei Gerechtigkeiten, die ein besonderes Blatt im Grundbuche erhalten haben. Bei letzteren tritt es noch schärfer hervor, weil jede Gerechtigkeit erst durch einen sie begründenden Rechtsakt ins Leben gerufen wird, durch den sie mehr oder minder verschieden ausgestaltet worden sein kann. Ist der die Gerechtigkeit begründende Rechtsakt — wie im vorliegenden Falle — ein Vertrag, so ist zwar sein Inhalt für ihre Ausgestaltung insoweit entscheidend, als der Vertrag mit seinen Wirkungen reicht, also im Verhältnis der an ihm Beteiligten zu einander; darüber hinaus aber ist er insoweit nicht entscheidend, als er mit dem Inhalt des Grundbuches in Widerspruch treten würde. In diesem Sinne ist es richtig, wenn der Berufungsrichter sagt, die eintragungsfähige Gerechtigkeit werde dadurch, daß sie ein besonderes Grundbuchblatt erhält, von dem Vertrage losgelöst; sie wird eben durch ihre Eintragung den Regeln des Grundbuchverkehres unterworfen und deshalb von einem gutgläubigen Dritten so erworben, wie sie eingetragen ist. Soweit daher der Inhalt des konstituierenden Vertrages einer Darstellung im Grundbuche bedurfte, eine solche aber nicht gefunden hat, braucht ihn der gutgläubige Erwerber der Gerechtigkeit nicht gegen sich gelten zu lassen. Ihm gegenüber kann es sich nur darum handeln, ob etwa die Kenntnis der vertragsmäßigen Festsetzungen, wofern sie beim Erwerbe der Gerechtigkeit vorhanden war, die Gutgläubigkeit und damit auch die Berufung auf das Grundbuch ausschließt.

Von einer solchen Einwirkung der außerhalb des Grundbuches bestehenden Kenntnis kann nun zunächst bei denjenigen vertragsmäßigen Festsetzungen keine Rede sein, welche durch Eintragung in das Grundbuch zu dinglichen, auf einem privatrechtlichen Titel beruhenden Rechten im Sinne des § 12 Eig.-Erw.-Ges. werden würden. Denn diese erlangen, wie hier ausdrücklich vorgeschrieben wird, überhaupt erst durch Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte, und bezüglich ihrer

ist es daher ohne Belang, ob der Dritte Kenntnis von ihrem vertragsmäßigen Bestehen hatte, solange eine Eintragung nicht erfolgt war. Für den vorliegenden Fall trifft dies bezüglich des Tonnenzinses zu: selbst wenn die Beklagte beim Erwerbe der Gerechtigkeit gewußt haben sollte, daß vertragsmäßig ein Tonnengeld zu entrichten sei, würde sie durch diese Kenntnis nicht verpflichtet werden, die vertragsmäßige Festsetzung gegen sich gelten zu lassen. Damit wird gerade der Umstand hinfällig, auf den der Kläger im Anschluß an die Judikatur des vormaligen Obertribunals,

vgl. Entsch. desselben Bd. 79 S. 56 flg.,

das Hauptgewicht legt, der Umstand nämlich, daß die Beklagte zur Entrichtung eines Tonnenzinses verpflichtet sei, und daß sich hieraus auch für sie die Verpflichtung ergebe, mit der Kohlenförderung zu beginnen.

Aber es könnte sein, daß die Kenntnis der vertragsmäßigen Festsetzungen, insbesondere die Kenntnis davon, daß nach dem Vertrage ein Tonnenzins entrichtet werden soll, wenn sie auch nicht das Recht auf Erhebung des Tonnenzinses der Beklagten gegenüber zu begründen vermag, doch die Wirkung hätte, das Kohlenabbaurecht selbst einer zeitlichen Beschränkung zu unterwerfen. Der Berufungsrichter hat dies mit der Ausführung verneint, daß zwar eine solche zeitliche Gebundenheit des Abbauberechtigten, die sich hier darin zeigen würde, daß ihm eine Frist für den Beginn des Abbaues gestellt werden soll, als „Beschränkung des Eigentumsrechtes" an der Kohlenabbaugerechtigkeit im Sinne des § 11 Eig.-Erw.-Ges. angesehen werden könnte, daß dann aber auch der Nachweis erforderlich gewesen wäre, daß die unmittelbaren Rechtsvorgänger der Beklagten, also die E.'schen Erben und der Nebenintervenient St., jene Beschränkung gekannt hätten und sie gegen sich hätten gelten lassen müssen. Denn wenn diese die Kohlenabbaugerechtigkeit ohne jede Beschränkung besessen hätten, würde auch die Beklagte ohne Rücksicht auf ihren eigenen guten Glauben sie unbeschränkt erworben haben, da jedem Rechtsnachfolger zunächst das Recht seines Vorfahren zu gute komme. Hiergegen richtet die Revision vornehmlich ihre Angriffe; sie gehen im wesentlichen dahin, daß implicite die Kenntnis der Rechtsvorgänger ebenfalls behauptet, und daß es eventuell Sache des Richters gewesen sei, nach dieser Richtung hin durch Ausübung des Fragerechtes die Sachlage

aufzuklären. Ob diese Angriffe begründet sind, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls steht dem entscheidenden Grunde des Berufungsrichters das Bedenken entgegen, daß die E.'schen Erben und St. den Glauben an das Grundbuch nicht für sich anrufen können, weil sie die Kohlenabbaugerechtigkeit nicht von einem eingetragenen Eigentümer, sondern von R. zu einer Zeit erworben zu haben scheinen, zu welcher ein besonderes Grundbuchblatt für die Gerechtigkeit überhaupt noch nicht angelegt war. Es bedarf aber eines näheren Eingehens auf diesen Punkt nicht, weil die Annahme des Berufungsrichters, daß hier eine Beschränkung des Eigentumsrechtes in Frage sei, auf die § 11 Eig.-Erw.-Ges. Anwendung finden könnte, überhaupt nicht zutrifft.

Was unter den „Beschränkungen des Eigentumsrechtes" im Sinne dieser Gesetzesvorschrift zu verstehen sei, darüber ist man allerdings in der Theorie und Rechtsprechung trotz wiederholter Erörterungen zu einem sicheren Ergebnis nicht gelangt. Aber soviel ist doch gewiß, und darüber besteht auch nach der Rechtsprechung sowohl des vormaligen Obertribunals,

vgl. Entsch. desselben Bd. 73 S. 178, Bd. 75 S. 36, Bd. 80 S. 152; Striethorst, Archiv Bd. 97 S. 221, Bd. 99 S. 178,

wie des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. desselben in Civils. Bd. 18 S. 294, Bd. 21 S. 313; Gruchot's Beiträge Bd. 26 S. 735. 1119,

kein Zweifel, daß Beschränkungen in Ausübung der Eigentumsbefugnisse, denen sich der Eigentümer persönlich unterworfen hat, nicht zu den vom Gesetz gemeinten Beschränkungen des Eigentumsrechtes gehören. Man hat das für letztere maßgebende Merkmal teils darin gefunden, daß das Eigentumsrecht selbst qualitativ beschränkt sein müsse (wie bei der Lehns- und Fideikommißeigenschaft), teils darin, daß bei Beschränkungen, die unter § 11 fallen, zugleich ein Anfallsrecht für einen Dritten als Eventualberechtigten begründet sei (wie bei Substitutionen und auflösenden Bedingungen), und man hat in Gegensatz hierzu die vom Eigentümer übernommenen persönlichen Verpflichtungen gestellt, die, wenn sie durch Eintragung dinglich werden, das Grundstück belasten, ohne den Eigentumsbegriff zu schmälern, sowie die auf die persönliche Verfügungsfähigkeit des Eigentümers bezüglichen Einschränkungen.

Vgl. Turnau, Grundbuchordnung Note 2 zu § 11 und die dort gegebenen Litteraturnachweisungen.

Mag nun auch aus diesem Gegensatz nicht für alle Fälle ein sicheres Kriterium zu gewinnen sein, so läßt sich doch erkennen, daß vertragsmäßige Festsetzungen, die nicht das Recht selbst, sondern nur eine bestimmte Ausübung desselben treffen, nicht zu den Beschränkungen des § 11 gezählt werden dürfen. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Verpflichtung, mit dem Abbau der Kohlen binnen bestimmter Frist zu beginnen. Ob eine solche Verpflichtung ausdrücklich im Vertrage angenommen wird, oder ob sie — wie hier — erst aus anderweiten Vertragsbestimmungen gefolgert werden soll, macht dabei keinen Unterschied; sie bleibt in beiden Fällen eine von dem Abbauberechtigten zugesagte Ausübung des ihm eingeräumten Rechtes, durch welche zwar die Art und Weise dieser Ausübung nach einer Richtung hin bestimmt, durch die aber nicht das Recht selbst seinem Inhalte nach beschränkt wird. Deshalb gehört eine solche Verpflichtung nicht zu den Beschränkungen des Eigentumsrechtes im Sinne des in Rede stehenden § 11.

Hiernach ist im Ergebnis dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß es auch darauf nicht ankommt, ob die Beklagte beim Erwerbe der Abbaugerechtigkeit Kenntnis von dem Inhalte des Vertrages vom 8. Juni 1872 gehabt, und insbesondere, ob sie gewußt hat, daß nach ihm ein Tonnenzins entrichtet werden sollte. Die Beklagte würde sich, auch wenn dies der Fall wäre, noch immer darauf berufen können, daß zu der Zeit, als sie das Kohlenabbaurecht von den eingetragenen Eigentümern desselben erwarb, weder die Verpflichtung, einen Tonnenzins zu zahlen, noch auch die Verpflichtung, mit dem Abbau binnen einer bestimmten Frist zu beginnen, im Grundbuch eingetragen war, und daß sie daher das Abbaurecht frei von jeder zeitlichen Beschränkung bezüglich seiner Ausübung erworben habe. Wollten sich die Konstituenten der Abbaugerechtigkeit hiergegen sichern, so hätten sie die Abschreibung der Gerechtigkeit von ihren Grundstücken, ihre Übertragung auf ein besonderes Grundbuchblatt und die Eintragung des Abbauberechtigten als Eigentümers auf diesem nicht anders, als unter gleichzeitiger Eintragung der für sie aus dem Vertrage hervorgehenden Rechte bewilligen dürfen. Ist dies nicht geschehen, so ist jetzt die Geltendmachung der vertragsmäßigen Rechte nur unter den Ein-

schränkungen möglich, die sich Dritten gegenüber aus dem Grundbuchverkehr ergeben. Von ähnlichen Erwägungen ist übrigens das Reichsgericht bereits in einem früheren Falle ausgegangen (in Sachen preuß. Fiskus wider B., Rep. V. 161/87), in welchem es sich um eine eingetragene Fischereigerechtigkeit handelte, mit der die Verpflichtung, gewisse Abgaben zu entrichten, von dem ersten Erwerber übernommen, und die später in dritte Hand übergegangen war." ...

---

51. Ist der Mutter nach Ablauf der Frist des § 31 Abs. 2 Allg. Berggef. zur Erhebung der Klage gegen einen konkurrierenden Muter befugt, wenn sein Anspruch auf Verleihung von den Bergbehörden nicht wegen Einsprüchen oder Kollision mit den Rechten Dritter, sondern lediglich wegen verspäteter Einreichung des Situationsrisses zurückgewiesen ist?

V. Civilsenat. Urt. v. 13. April 1901 i. S. Schutzgemeinsch. der verein. Kaliwerke u. Gen. (Kl.) w. P. (Bekl.). Rep. V. 361/00.

I. Landgericht Halle a. S.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Die Parteien streiten über die Priorität der von ihnen für dasselbe Feld eingelegten Mutungen. Nachdem Klägerin zu 1 bei dem Revierbeamten für Westlich-Halle zunächst am 18. August telegraphisch eine ungenügende Mutung eingelegt hatte, hat sie daselbst am 20. August 1898 schriftlich eine dem § 14 Allg. Berggef. entsprechende Mutung eingelegt. Während die Bergbehörden in der Mutung vom 20. August nur eine Ergänzung der Mutung vom 18. August erblicken, wollen die Kläger jede derselben als eine besondere, von der anderen unabhängige Mutung angesehen wissen. Der Beklagte hat am 23. August 1898 gemutet. Das Oberbergamt in Halle hat durch Bescheid vom 8. Oktober 1898 die Mutung der Klägerin zu 1 wegen verspäteten, nämlich erst am 30. September 1898 erfolgten, Einganges des Situationsrisses als von Anfang an ungültig zurückgewiesen und die hiergegen gerichtete Vorstellung des Bevollmächtigten der Klägerin zu

1 unter dem 28. Oktober 1898 für unbegründet erklärt. Am 19. Dezember 1898 legte dann die Klägerin zu 1 ausdrücklich gegen Verfügungen des Oberbergamtes vom 21. November und 6. Dezember 1898 Rekurs ein. Der Handelsminister wies durch Bescheid vom 25. August 1899 den Rekurs als unstatthaft mit der Begründung zurück, daß der Rekurs als gegen den endgültigen Beschluß vom 28. Oktober 1898 gerichtet anzusehen, daß er aber hiergegen nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eingelegt sei, daß die Wiederaufhebung des Beschlusses nicht dadurch erreicht werden könne, daß er sich gegen die Verfügungen vom 21. November und 6. Dezember 1898 richte, da diese keine selbständige sachliche Bedeutung hätten. Der Rekursbescheid ist der Klägerin am 30. September 1899 zugestellt. In den die Mutung der Klägerin zurückweisenden Bescheiden der Bergbehörden ist auf die Mutung des Beklagten keinerlei Rücksicht genommen.

Die Kläger haben am 21. Dezember 1899 Klage erhoben mit den Anträgen: den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen: 1. daß seine Mutung vom 23. August 1898 ungültig sei, 2. daß sie jedenfalls ihrer Mutung vom 20. August 1898 im Range nachstehe, 3. daß ihre Mutung vom 20. August 1898 als selbständige Mutung zu Recht bestehe, und daß sie berechtigt seien, auf Grund derselben die Verleihung daraus zu verlangen. Der Beklagte hat in erster Linie geltend gemacht, daß die Klage nicht rechtzeitig erhoben sei, und die Abweisung der Klage verlangt. Der erste Richter ist dem beigetreten; die Berufung der Kläger ist aus demselben Grunde zurückgewiesen. Der Revision der Kläger ist stattgegeben aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht erachtet zwar bei der vorliegenden Kollision der Mutungen der Parteien den Rechtsweg an sich für zulässig, ist aber der Meinung, die Kläger seien, weil sie nicht innerhalb der dreimonatigen Frist des § 31 Abs. 2 Allg. Berggef. die Klage erhoben hätten, nach Abs. 3 das. ihres Rechtes aus der Mutung verlustig. Hiermit setzt es sich in Widerspruch mit der bisherigen Rechtsprechung und Litteratur. Sein Urteil unterliegt der Aufhebung, weil es den § 31 Allg. Berggef. auf einen Fall anwendet, für den er nicht bestimmt ist.

Nachdem im § 30 Allg. Berggef. bestimmt ist, daß das Ober-

bergamt ohne weiteres die Verleihungsurkunde auszufertigen hat, wenn weder Einsprüche und Kollisionen mit den Rechten Dritter vorliegen, noch sich sonst gegen die Ansprüche des Muters gesetzlich etwas zu erinnern findet: wird im § 31 Abs. 1 vorgeschrieben:

> Liegen Einsprüche oder Kollisionen mit den Rechten Dritter vor, oder kann aus anderen gesetzlichen Gründen den Anträgen des Muters gar nicht oder nicht in ihrem ganzen Umfange entsprochen werden, so entscheidet das Oberbergamt über die Erteilung oder Versagung der Verleihung durch einen Beschluß, welcher dem Muter und den beteiligten Dritten in Ausfertigung zugestellt wird.

Hier werden also zwei Fälle aufgeführt, in welchen vorab durch Beschluß des Oberbergamtes entschieden werden soll: 1. es liegen An- und Einsprüche Dritter vor, welche eine Entscheidung darüber verlangen, welcher der kollidierenden Mutungen — nur solche stehen hier in Frage — nach ihrem Alter das bessere Recht gebühre (§ 25) und demnach die Verleihung zu erteilen sei; 2. es liegen An- und Einsprüche Dritter nicht vor, und die Entscheidung über die eingelegte Mutung erfolgt lediglich aus „anderen gesetzlichen Gründen", die Verleihung wird z. B. versagt, weil (wie hier) die Mutung wegen Nichtbeachtung des § 18 Abs. 1 von Anfang an ungültig sei.

Wenn nun in den Abss. 2 und 3 des § 31 weiter bestimmt wird:

> Einsprüche und Ansprüche, welche durch den Beschluß des Oberbergamts abgewiesen werden, müssen, insofern wegen derselben der Rechtsweg zulässig ist, binnen drei Monaten vom Ablaufe des Tages, an welchem der Beschluß, bezw. der Rekursbescheid (§ 191) zugestellt ist, durch gerichtliche Klage verfolgt werden.
>
> Wer von dieser Frist keinen Gebrauch macht, ist seines etwaigen Rechtes verlustig,

so ergiebt schon der Wortlaut, daß die Fristbestimmung und die Präklusion sich ausschließlich auf die Fälle zu 1 beziehen. Die Sache stellt sich so: In den Fällen zu 2 kann der Anspruch zunächst nur im Verwaltungswege verfolgt werden, da dem Anspruch aus der Mutung auf Verleihung des Bergwerkseigentums die Beschreitung des Rechtsweges gegen die verleihende Bergbehörde versagt ist, es aber an einer Person fehlt, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechtes entgegensetzt, gegen die der Muter also die gerichtliche Klage richten könnte (§§ 22. 23). Da im § 23 dem Anspruch aus der Mutung

der Rechtsweg gegen denjenigen, welcher gegenüber dem Muter ein besseres Recht behauptet, ohne Fristbestimmung eröffnet ist, so kann der von der Bergbehörde endgültig zurückgewiesene Muter mit seinen Ansprüchen wieder auftreten und sie gegen denjenigen verfolgen, der später bei den Bergbehörden dasselbe Feld begehrt. Wie schon bemerkt, bezieht sich auf solche Fälle die Vorschrift des § 31 Abs. 2 nicht. Der Rechtsweg ist daher nicht von der Beobachtung der darin bestimmten Frist abhängig, kann vielmehr innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist von dreißig Jahren beschritten werden, vorausgesetzt, daß nicht inzwischen das Feld anderweitig verliehen, und der Muter infolge des Ablaufes der im § 35 gesetzten Frist sein etwaiges Vorzugsrecht verloren hat.

Mit dieser Auffassung ist zuerst Klostermann (Lehrb. des Preuß. Bergrechts S. 110) in der Litteratur hervorgetreten. Er bemerkt in Bezug auf die Wirkung der im § 31 ausgesprochenen Präklusion folgendes: „Der Muter selbst wird von der Präklusion für den Fall der Versagung der Verleihung nur insofern betroffen, als die Zurückweisung wegen des entgegenstehenden Rechtes eines Dritten erfolgt, da ihm die gerichtliche Klage gegen die verleihende Bergbehörde nach § 23 ausdrücklich versagt ist. Ist die Zurückweisung daher nicht wegen einer vorhandenen Kollision, sondern wegen eines Mangels im Rechte des Muters erfolgt, ohne daß von einem Dritten Einspruch erhoben wäre, so kann die zurückgewiesene Mutung während der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährungszeit durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden, sobald nachträglich ein anderer Muter dasselbe Feld begehrt, auf welches er Mutung eingelegt hatte."

Hiermit hat sich das vormalige preußische Obertribunal (Entsch. desselben Bd. 75 S. 210 flg.) unter eingehender Begründung und namentlich auch unter Zurückweisung der dagegen erhobenen Bedenken einverstanden erklärt. Aus dessen Gründen interessieren besonders folgende Stellen: „Nach den Vorschriften der §§ 22. 23 kommt es nicht darauf an, aus welchem Grunde die Bergbehörden eine Mutung zurückgewiesen haben, sondern nur darauf, ob eine andere Person denselben Mutungsgegenstand in Anspruch nimmt, oder nicht. Fehlt es an solchen Personen, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechtes entgegensetzen, so kann der Anspruch nur im Verwaltungswege verfolgt werden. Beansprucht aber ein Anderer, gleichviel ob gleich-

zeitig mit dem zurückgewiesenen Muter oder auch erst später, dasselbe Objekt, so ist gegen ihn der Rechtsweg zulässig, und in diesen Prozessen unterliegen die Bescheide der Bergbehörden, wiewohl dieselben hoheitsrechtliche Akte sind, rücksichtlich ihrer Gesetzlichkeit der richterlichen Beurteilung" (S. 219). Ferner: „Auch die bergrechtlichen Schriftsteller sind darüber einig, daß der von der Bergbehörde endgültig zurückgewiesene Muter dennoch wieder mit seinen Ansprüchen auftreten und dieselben im Rechtswege gegen denjenigen verfolgen kann, welcher später bei den Bergbehörden dasselbe Feld begehrt" (S. 221). Endlich wird (S. 223) gesagt, daß sich die Vorschrift des § 31 Abs. 2 nur auf den Fall beziehe, wenn in einem eingeleiteten Mutungsverfahren ein Dritter mit Einsprüchen und Ansprüchen auftritt und von der Bergbehörde abgewiesen worden ist.

Diesem Urteile des Obertribunals haben sich alle späteren Kommentatoren des Allgemeinen Berggesetzes angeschlossen.

Vgl. Arndt, 2. Aufl. S. 81 Nr. 3 und 7 a. E.; Klostermann-Fürst, 5. Aufl. S. 88 Nr. 9 a. E.; Brassert, S. 135 Nr. 3. S. 136 flg. Nr. 6.

Die Bescheide der Bergbehörden, durch welche die Mutung der Kläger zurückgewiesen ist, sind nicht mit Rücksicht auf die kollidierende Mutung des Beklagten ergangen; dieser Mutung geschieht darin überhaupt nicht Erwägung; sie sind lediglich aus „anderen gesetzlichen Gründen" erfolgt. Es liegt also ein Fall der oben unter 2 bezeichneten Art vor. Dem Kläger ist nicht infolge Ablaufes der Frist des § 31 Abs. 2 Allg. Berggef. der Rechtsweg verschlossen. Das Berufungsgericht mußte daher selbständig prüfen, ob die Einreichung des Situationsrisses nach § 18 rechtzeitig erfolgt, ob also die telegraphische Mutung vom 18. oder die schriftliche Mutung vom 20. August 1898 für die Berechnung der Frist des § 18 Allg. Berggef. maßgebend ist. Da dies bisher unterblieben ist, die Beurteilung aber nicht ohne thatsächliche Feststellung erfolgen kann, muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden." ...

52. Rechtliche Natur der Entwässerungs-(Kanalisations-) Gebühren. Ist für ihre Auferlegung denjenigen Grundeigentümern Entschädigung zu leisten, mit deren Rechtsvorgängern vorher ein entgeltlicher, privatrechtlicher Vertrag über die Benutzung der Entwässerungsanlage geschlossen war?

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. April 1901 i. S. R. u. M. (Kl.) w. Stadtgemeinde Stettin (Bekl.). Rep. VII. 87/01.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Jahre 1878 hat der damalige Eigentümer des jetzt dem Kläger R. gehörigen, in der P. Straße in Stettin belegenen Grundstückes mit der Stadtgemeinde Stettin einen Vertrag abgeschlossen, inhalts dessen er gegen Zahlung eines Kapitalbetrages von 710 ℳ für sich und seine Rechtsnachfolger die Berechtigung erwarb, die städtische Entwässerungsanlage nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen zur Entwässerung jenes Grundstückes zu benutzen. Einen gleichen Vertrag hat im Jahre 1877 der damalige Eigentümer des jetzt dem Kläger M. gehörigen, von ihm im Wege der Subhastation erworbenen und ebenfalls in Stettin belegenen Grundstückes mit der Stadtgemeinde Stettin abgeschlossen; der gezahlte Kapitalbetrag belief sich in diesem Falle auf 1084 ℳ.

Unter dem 24. Dezember 1894 ist von dem Magistrat auf Grund von Gemeindebeschlüssen und in Gemäßheit der §§ 4, 89 und 82 des Kommunalabgaben-Gesetzes vom 14. Juli 1893 eine Entwässerungsgebühren-Ordnung erlassen, wonach für jedes an die städtische Entwässerungsanlage angeschlossene Grundstück jährliche laufende Gebühren für die Benutzung der Anlage zu entrichten sind. Im Jahre 1899 sind beide Kläger von dem Magistrat auf Grund dieser Gebührenordnung zur Zahlung einer Entwässerungsgebühr herangezogen worden, und zwar der Kläger R. mit einem Jahressatze von 59,40 ℳ, der Kläger M. mit einem Jahressatze von 43,47 ℳ. Zu gleicher Zeit hat der Magistrat ihnen mitgeteilt, daß er an sie die von ihren Vorgängern im Eigentum ihrer Grundstücke entrichteten einmaligen Kapitalbeträge zurückzahlen werde, falls sie die Einwilligung ihrer sämtlichen Vorbesitzer bis zur Zeit des Vertragsschlusses zurück hierzu beibrächten.

Die Kläger haben die geforderten Gebühren bezahlt und alsdann

im Jahre 1899 gegen die Stadtgemeinde Klage erhoben mit folgenden Anträgen:

1. an den Kläger R. den Betrag von 59,40 ℳ und an den Kläger M. den von 43,47 ℳ zu zahlen (das ist der Betrag der für 1899 gezahlten Gebühr);
2. anzuerkennen, daß sie verpflichtet sei, den Klägern und deren Rechtsnachfolgern im Eigentum der jetzt diesen gehörigen, obenbezeichneten Grundstücke jährlich denjenigen Betrag zu zahlen, den sie auf Grund der erwähnten Gebührenordnung jährlich von den Eigentümern dieser Grundstücke als Gebühr für den Anschluß an die städtische Entwässerungsanlage erheben werde;
3. eventuell an den Kläger R. 710 ℳ und an den Kläger M. 1084 ℳ zu zahlen.

Die Beklagte hat diesen Anträgen widersprochen.

Beide Vorinstanzen haben die Kläger abgewiesen. Die von diesen eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„1. Soweit die Klage sich gegen die öffentlichrechtliche Verbindlichkeit der Kläger zur Entrichtung der von ihnen geforderten Entwässerungsgebühren handelt, ist ihr, wie bereits die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben, der Rechtsweg verschlossen. Nach dem § 278 A.L.R. II. 14, den §§ 36. 41 der Verordnung vom 26. Dezember 1808 und der Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831 ist bezüglich der Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner öffentlicher Anlagen jede Streitigkeit zwischen dem Pflichtigen und dem die Anlage erfordernden öffentlichen Organ grundsätzlich der Entscheidung des ordentlichen Richters entzogen; nur in den im § 279 A.L.R. II. 14 und den §§ 9 und 10 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 bestimmten Ausnahmefällen war die Anrufung des ordentlichen Richters zugelassen. Diese Ausnahmen sind durch § 160 Abs. 1 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 beseitigt; damit ist jener Grundsatz rein durchgeführt worden, der, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes anerkannt ist,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 S. 214, Bd. 17 S. 201. 246, Bd. 22 S. 291, Bd. 32 S. 247,

gleichermaßen, wie von Anlagen des Staates, so auch von Gemeindeabgaben gilt.

Die Revision hat sich auf den § 21 des Kommunalabgaben-Gesetzes vom 14. Juli 1893 berufen und ausgeführt, daß danach die auf besonderem Rechtstitel beruhenden Befreiungen von Gemeindeabgaben im Rechtswege verfolgt werden könnten. Das ist rechtsirrtümlich. Der § 21 des genannten Gesetzes kann hier allein schon aus dem Grunde nicht in Betracht kommen, weil er in dem mit dem § 20 beginnenden zweiten Abschnitt des dritten Titels des Gesetzes über die direkten Gemeindesteuern steht und sowohl nach dieser Stellung als auch nach seinem Inhalt nur von diesen direkten Gemeindesteuern, nicht aber auch von den Gebühren handelt, die im zweiten Titel des Gesetzes in den §§ 4 bis 8 und §§ 11. 12 besonderen Bestimmungen unterworfen sind. Überdies enthält aber auch der § 21 in Wirklichkeit keine Bestimmung, die eine Durchbrechung des erwähnten Grundsatzes selbst nur andeutete.

2. Selbstverständlich verbleiben die rein privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Pflichtigen und dem Staat oder der Gemeinde, soweit sie nicht gegen den Bestand der öffentlichrechtlichen Verpflichtung geltend gemacht werden, als Gegenstände des Privatrechtes dem Urteilsspruche des ordentlichen Richters unterstellt, wie das auch im § 7 Abs. 2 des Landesverwaltungs-Gesetzes vom 30. Juli 1883 und § 160 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 zum Ausdruck gebracht ist. Welchen Einfluß die Erhebung öffentlichrechtlicher Abgaben auf diese rein privatrechtlichen Beziehungen übt, und wie diese danach im Ergebnisse gestaltet werden, begründet dabei keinen Unterschied. Es ist daher nicht undenkbar, daß der Staat oder die Gemeinde auf Grund privatrechtlicher Verbindlichkeit gehalten sein könnte, zwar nicht die eingezogene öffentliche Abgabe zurückzuzahlen, wohl aber einen ihr gleichkommenden Geldbetrag an den privatrechtlich Berechtigten zu zahlen. Wenn das Berufungsurteil in dem von der Revision bezeichneten Satze so aufzufassen sein sollte, daß hierin das Gegenteil ausgesprochen und angenommen wäre, daß ein solcher privatrechtlicher Anspruch, weil er, wenn anerkannt, wirtschaftlich dieselbe Wirkung habe, wie eine Zurückbezahlung der öffentlichen Abgabe, nicht statthaft sei und jedenfalls keinen Gegenstand der Entscheidung für den ordentlichen Richter bilden dürfe, so würde dem allerdings nicht beigepflichtet werden können.

Allein es ist nicht erforderlich, hierauf näher einzugehen, da dem

Berufungsrichter in allen Stücken dahin beizustimmen i, , daß die privatrechtlichen Ansprüche der Kläger nach der ihnen von diesen gegebenen Begründung unhaltbar sind.

Das gilt zunächst von dem von den Klägern in den Vorinstanzen vertretenen Gedanken, die verklagte Gemeinde habe durch Erlaß der Gebührenordnung und Erhebung der dementsprechenden Gebühr von den Klägern ihre Vertragspflicht aus den im Thatbestande erwähnten Verträgen verletzt. Die Gemeinden handeln bei der Anordnung und Erhebung von Gebühren für die Benutzung der ihnen gehörigen öffentlichen und dem öffentlichen Wohle dienenden Veranstaltungen nach Maßgabe des Kommunalabgaben-Gesetzes vom 14. Juli 1893 nicht unter irgend einem privatrechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht unter dem der Festsetzung einer privatrechtlichen Gegenleistung für die von ihnen gebotene Leistung oder gewährte Benutzung, sondern sie handeln hierbei — und das stellt solche Gebühren insoweit auf eine Stufe mit den Gemeindesteuern — kraft einer ihnen vom Staat verliehenen (oder anerkannten) öffentlichrechtlichen Machtbefugnis, kraft der ihnen beiwohnenden gemeindlichen Finanzgewalt, in deren Ausübung sie einseitig für die Benutzung der betreffenden Veranstaltungen eine öffentlichrechtliche Abgabe festsetzen. Über diesen rechtlichen Charakter der Benutzungsgebühren herrscht in Wissenschaft und Rechtsprechung Übereinstimmung.

Vgl. beispielsweise Ad. Wagner, Finanzwissenschaft 3. Aufl. Bd. 1 § 204 S. 487. § 208 S. 497, Bd. 2 § 14 S. 35; Schall in Schönberg's Handbuch der Staatswissenschaften 4. Aufl. Bd. 3 Halbbd. 1 S. 103; Schoen, Das Recht der Kommunalverbände (Ergänzungsband zu Rönne, Staatsrecht) § 65 S. 248; Entsch. des Ober-Verwaltungsgerichts Bd. 18 S. 28, Bd. 31 S. 56.

Bei Ausübung dieser Befugnis ist die Gemeinde jeder privatrechtlichen Bindung entrückt; es ist mit dem Wesen der öffentlichrechtlichen Gewalt unvereinbar, privatrechtliche Vertragsverhältnisse in deren Handhabung hineingreifen zu lassen. Die Gemeinde vereinigt als privatrechtliche Persönlichkeit und als öffentlichrechtliche Korporation zwei scharf voneinander zu sondernde Wesenheiten in sich. Der Gedanke, daß sie eine privatrechtliche Vertragsverletzung durch Ausübung der ihr zustehenden öffentlichrechtlichen Machtbefugnisse begehen könnte, ist daher schlechthin ausgeschlossen und von der Hand zu weisen."

(Im weiteren ist ausgeführt, daß den Klägern auch kein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte zustehe, und von einem Rücktritt derselben vom Vertrage ebenfalls keine Rede sein könne.)

---

53. Ist der § 3 Abs. 2 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895, wonach für die Stempelpflichtigkeit die Hinzufügung von Bedingungen ohne Bedeutung ist, auch auf sog. uneigentliche Bedingungen zu beziehen?

VII. Civilsenat. Urt. v. 3. Mai 1901 i. S. A. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 62/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„In dem von dem Kläger und dem Zimmermeister F. am 26. Oktober 1899 vollzogenen, in dem gegenwärtigen Prozesse bezüglich seiner Besteuerung in Frage stehenden Schlußschein sind die Bedingungen wegen eines von F. dem Kläger für 595000 ℳ zu verkaufenden Hauses festgestellt. Es heißt dann dort:

> Herr A. (d. i. der Kläger) nimmt obige Offerte an, falls auf dem Grundstücke keine anderen Lasten als die erwähnten Hypotheken und die Rechte der Stadt auf Abtretung eines Vorgartens eingetragen sind, ferner unter folgenden Bedingungen. . . .

Am Schlusse bekennen sich die Unterzeichneten zu den vorhergehenden Abmachungen, die sie als für sie bindend erklären. Zu dieser Urkunde, welche vom Steuerfiskus als stempelpflichtig nach Tarifstellen 54 und 32 (Punktation über ein Veräußerungsgeschäft) beansprucht ist, hat der Kläger den danach sich ergebenden Stempelbetrag entrichtet, der mit der Klage zurückverlangt wird. Fest steht, daß die Angaben des F. in dem Dokumente über die Belastung des Grundstückes unrichtig waren, vielmehr weitergehende Eintragungen vorlagen. Die Klageforderung, die das Landgericht zugebilligt hat, ist in der Berufungsinstanz mit der Ausführung zurückgewiesen: wenn auch die Offerte des F. nur unter Bedingungen erfolgt, und daher dieser an sich an sein Angebot nicht weiter gebunden gewesen sei, viel-

mehr die nur in solcher Weise erfolgte Annahme sich als ein neues Angebot darstelle, so liege doch im Hinblick auf die Schlußbemerkung des Dokumentes ein Einverständnis des F. mit diesem Angebote vor, sodaß eine verbindliche Kaufsvereinbarung auf der Grundlage des von F. vorgeschlagenen Preises und der vom Kläger proponierten Modalitäten zustande gekommen sei. Was diejenige der letzteren betreffe, wonach vom Kläger die Offerte nur angenommen, falls auf dem Grundstücke keine anderen Lasten als die bezeichneten eingetragen, so sei hierdurch ausgedrückt, daß der Kläger nicht gebunden sein wolle, falls in der Zeit bis zur Auflassung noch weitere Lasten eingetragen oder die überschießenden nicht gelöscht sein würden. Danach sei die Gültigkeit des Vertrages von einem zukünftigen Ereignisse, also von einer wahren Bedingung, abhängig gemacht; zweifellos sei daher in solchem Falle durch die in Frage stehende Modalität zufolge § 3 Abs. 2 des Stempelsteuergesetzes die Stempelpflichtigkeit der Urkunde nicht behindert. Stelle sich aber auch, wie vom Kläger behauptet und unter Beweis gestellt worden, der Sinn jenes Vorbehaltes als solcher dar, daß es auf die Belastung des Grundstückes zur Zeit des Vertragsschlusses ankomme, und liege damit eine auf die Vergangenheit gestellte oder sogenannte uneigentliche Bedingung vor, so ergebe doch der § 40 A.L.R. I. 4 („Auch vergangene Begebenheiten können zur Bedingung gemacht werden"), daß es sich auch in solchem Falle um eine wirkliche Bedingung handle. Danach sei auch bei dieser Auffassung des fraglichen Vorbehaltes die Anwendung der angezogenen Bestimmung des Stempelsteuergesetzes gegeben. Hierzu komme, daß nach den Materialien des Gesetzes alle Arten von Bedingungen unter diese Vorschrift fallen sollten.

Mit der Revision wird in erster Linie geltend gemacht, es sei ein bindender Vertrag nicht zustande gekommen, da einmal darüber, daß das vom Kläger mit dem fraglichen Vorbehalte gemachte neue Angebot von F. angenommen, eine Urkunde nicht vorliege, ferner aber auch hiervon abgesehen ein fester Kontrakt nicht für vorliegend zu erachten, weil es sich ja mit dem bei dem Vorbehalte vorgesehenen Thatumstande so verhalten habe, daß eine Verpflichtung des Klägers nicht begründet worden, also eine Klage auf Erfüllung für F. nicht gegeben gewesen sei. Eventuell habe der vom Kläger angetretene Beweis über den Sinn der streitigen Klausel erhoben werden müssen.

Die Revision muß für unbegründet angesehen werden.

Zunächst ist die Annahme der Vorinstanz bedenkenfrei, daß in der fraglichen Urkunde ein völlig perfekter Vertrag dokumentiert worden sei, da infolge der am Schlusse abgegebenen Erklärung und der von beiden Teilen geschehenen Vollziehung der Urkunde eine beiderseitige Übereinstimmung auch in Rücksicht auf die vom Kläger bezüglich seines Konsenses gemachten Vorbehalte vorliegt.

Im weiteren ist davon auszugehen, daß die streitige Klausel den ihr vom Kläger beigelegten Sinn hat, daß also dabei eine Inanspruchnahme des Klägers aus dem Vertrage darauf gestellt worden ist, daß zur Zeit des Vertragsschlusses weitere Belastungen des Grundstückes, als angegeben, nicht bestanden. Damit liegt vor, daß insofern die Wirkung des Rechtsgeschäftes nicht von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht ist, daß es sich also bei der Klausel um eine sogenannte uneigentliche Bedingung handelt, indem es hier bezüglich des Bestehens des Vertrages auf das Vorhandensein eines objektiven, in die Gegenwart fallenden Merkmales ankommt, wegen dessen bei den Beteiligten Unkenntnis vorhanden war. Es ist daher die in den Materialien des Gesetzes nicht erörterte Frage zu entscheiden, ob auch auf eine solche uneigentliche Bedingung die mehrfach erwähnte Bestimmung des Stempelsteuergesetzes zu beziehen ist, welche ausspricht, daß für die Stempelpflichtigkeit die Hinzufügung von Bedingungen bedeutungslos sei. Zunächst muß angenommen werden, daß es sich bei dieser unter den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes befindlichen Vorschrift um einen einheitlichen Begriff der „Bedingung" handelt, daß sich also dieser Begriff nicht nach den verschiedenen Rechtsgebieten, für welche das Gesetz erlassen, verschieden bestimmt. Dafür, welcher Begriff dies sei, kommt die Natur des Gesetzes in Betracht, welches, wie anzunehmen, eine sofortige Entscheidung über die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde auf Grund des aus letzterer zu ersehenden Inhaltes auch in den hier fraglichen Fällen ermöglichen wollte. Dies konnte nur erreicht werden, falls ein weitgehender, der Auffassung des gewöhnlichen Sprachgebrauches sich anschließender Begriff der Bedingung angenommen wurde, dergestalt daß hierunter auch diejenigen Fälle zu beziehen, bei denen zwar zur Zeit der Vornahme des Geschäftes bereits objektiv feststeht, ob die von dem Vorbehalte abhängig gemachte Wirkung eintritt, hierüber

aber subjektiv und nach dem Inhalte der Urkunde Ungewißheit herrscht. Danach begreift das Gesetz auch derartige, in der Wissenschaft als uneigentlich bezeichnete Bedingungen, wie eine solche hier in Frage steht."

---

54. Zur Auslegung des § 2 des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895.

Sind die im Auslande ausgestellten amtlichen und notariellen Zeugnisse in Privatsachen nach Maßgabe der Tarifstelle 77 (bezw. 46) stempelpflichtig, wenn zu der Ausstellung derselben Geschäfte, die im Inlande zu erfüllen sind, Veranlassung gegeben haben?

VII. Civilsenat. Urt. v. 7. Mai 1901 i. S. preuß. Steuerfiskus (Bekl.) w. Lebensversicherungsgesellschaft New-Yorker Germania (Kl.). Rep. VII. 114/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Das Stempelsteueramt in Berlin hat von der klagenden Lebensversicherungsgesellschaft zu den in der Klaganlage bezeichneten notariellen und amtlichen Zeugnissen — Lebensbescheinigungen und Beglaubigungen von Unterschriften unter Quittungen — einen Stempelbetrag von je 1,50 ℳ erfordert. Die klagende Gesellschaft macht die Auszahlung der bei ihr versicherten Summen von der Beibringung solcher Atteste abhängig. Die für steuerpflichtig erklärten Urkunden sollten den Empfängern von Versicherungssummen, die polizemäßig in Berlin auszuzahlen waren, zum Nachweise der Empfangsberechtigung dienen. Sie sind sämtlich außerhalb des Geltungsbereiches des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895, somit im Sinne des letzteren im Auslande ausgestellt. Klägerin hält dieselben deshalb für stempelfrei und fordert klagend Rückerstattung des erhobenen Steuerbetrages. Beklagter ist dagegen der Ansicht, daß die Urkunden nach § 2 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 und Nr. 77 des Stempeltarifes der erforderten Steuer unterworfen seien.

Die Vorinstanzen haben die in Rede stehenden Urkunden für stempelfrei erachtet.

Die von dem Beklagten eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Nach § 2 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 unterliegen der Stempelsteuer auch die von Inländern oder von Ausländern im Auslande errichteten Urkunden über Geschäfte, welche im Inlande befindliche Gegenstände betreffen, oder welche im Inlande zu erfüllen sind.

Der Berufungsrichter hat ausgeführt, daß die hier in Rede stehenden Urkunden nicht unter diese Gesetzesbestimmung fallen, da sie nicht über ein Geschäft, d. h. eine Privatwillenserklärung errichtet seien, sondern Zeugnisse enthalten, welche in der Vergangenheit oder Gegenwart liegende Thatsachen bekunden.

Der Revisionskläger hat hiergegen geltend zu machen gesucht, daß es sich um Urkunden handele, welche sich auf Geschäfte, die im Inlande zu erfüllen seien, nämlich auf die von der klagenden Gesellschaft geschlossenen, in Berlin zu erfüllenden Versicherungsverträge bezögen, auch, da die Versicherungssummen in Berlin auszuzahlen gewesen seien, im Inlande befindliche Gegenstände beträfen.

Die Revision ist unbegründet.

Das Stempelsteuerhoheitsrecht des Staates erstreckt sich grundsätzlich nur auf sein eigenes Gebiet. Von den Voraussetzungen, unter denen § 2 des Gesetzes vom 31. Juli 1895 eine Ausnahme von diesem Grundsatze eintreten läßt, fehlt hier, wie der Berufungsrichter zutreffend ausgeführt hat, die erste, nämlich die, daß die Urkunden über Geschäfte, d. h. rechtsgeschäftliche Willenserklärungen ausgestellt sein müssen. Diese Voraussetzung wird dadurch, daß die von der Klägerin geschlossenen Versicherungsverträge zu der Ausstellung der in Betracht kommenden Urkunden Veranlassung gegeben haben, nicht erfüllt. Es kommt lediglich auf den Inhalt der Urkunden an. Dieser ist nicht rechtsgeschäftlicher Art. Aus dem erwähnten Grundsatze ergiebt sich somit, daß die Urkunden der erforderten Steuer nicht unterworfen sind."

---

55. Ist nach dem preußischen Allgemeinen Berggesetze vom 24. Juni 1865 und dem ihm nachgebildeten württembergischen Berggesetze vom 7. Oktober 1874 die Fündigkeit einer Mutung dadurch bedingt, daß das entdeckte Mineral sich am Fundpunkte in abbauwürdiger Menge befindet?

Bedeutung der Tiefenlage des Fundpunktes bei Funden, die mittels eines Bohrloches oder eines Schachtbetriebes gemacht sind.
Preuß. Allg. Berggeſ. §§ 3. 14 Abſ. 1 Nr. 3. § 15.
Württemb. Berggeſ. Artt. 3. 14 Abſ. 1 Nr. 3. § 15.

V. Civilſenat. Urt. v. 8. Mai 1901 i. S. W. (Kl., Bekl. u. Widerkl.) w. württemb. Landesfiskus u. Gen. (Bekl., Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 316/00.

I. Landgericht Heilbronn.
II. Oberlandesgericht Stuttgart.

Aus den Gründen:

... „1. Bei Beſtimmung des Begriffs der abſoluten Abbauwürdigkeit geht der Berufungsrichter von folgenden Erwägungen aus. Allerdings verlange Art. 15 württemb. Berggeſ. vom 7. Oktober 1874 nur, daß das Mineral auf ſeiner natürlichen Ablagerung entdeckt ſein müſſe, und es ſei ſchon nach dem Sinne, den der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Ausdruck „Ablagerung“ verbinde, für das Vorhandenſein einer ſolchen gleichgültig, in welcher Menge das Mineral vorkomme. Da indeſſen das Geſetz nach ſeiner volkswirtſchaftlichen, auf Förderung des Bergbaues im Intereſſe der Allgemeinheit gerichteten Zweckbeſtimmung ſich nicht mit der Mineralgewinnung im allgemeinen befaſſe, ſondern letztere nur inſoweit, als ſie mittels bergmänniſchen Betriebs erfolgt, regeln wolle (im Gegenſatz z. B. zur Auffindung und Förderung von Mineralien zu wiſſenſchaftlichen Zwecken), ſo müſſe der Staat, ehe er zu der in die Rechte des Grundeigentümers ſo tief eingreifenden Verleihung des Bergwerkseigentums ſchreite, in der Lage ſein, ſich die Überzeugung von dem Vorhandenſein jener Vorausſetzung zu verſchaffen. Unter Berückſichtigung von Gegenſtand und Zweck der bergrechtlichen Normen ſei daher der angeführte Art. 15 dahin auszulegen, daß das in der Mutung bezeichnete Mineral am Fundpunkt in einer Beſchaffenheit entdeckt und bei der amtlichen Unterſuchung nachgewieſen werden müſſe, daß die Möglichkeit gegeben ſei, dasſelbe mittels bergmänniſchen Betriebs zu gewinnen. Die Entſcheidung der letzteren Frage ſei lediglich auf Grund der Beſchaffenheit des entdeckten Mineralvorkommens ſelbſt nach den Grundſätzen und Erfahrungen der Berg-

technik zu treffen. Absolut unbauwürdig sei danach das Vorkommen, wenn das Mineral seiner Beschaffenheit nach sich überhaupt und überall (mögen im übrigen die äußeren Verhältnisse liegen, wie sie wollen) nicht zur Einleitung eines bergmännischen Betriebs eignet. Dagegen sei unzulässig die Heranziehung von Umständen, die außerhalb der Beschaffenheit des Mineralvorkommens selbst gelegen seien, wie z. B. die Prüfung der durch die örtliche Lage des Fundpunktes bedingten Zugänglichkeit des künftigen Bergwerks oder der Rentabilität des Betriebs (sog. relative Abbauwürdigkeit).

Diesen Ausführungen gegenüber macht die Revision geltend, daß in Art. 15 des nach § 1 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 15. März 1881, R.G.Bl. S. 38, revisibeln württembergischen Berggesetzes, der alle zur Gültigkeit einer Mutung erforderlichen Vorbedingungen erschöpfend aufstelle, von dem Erfordernis der relativen wie der absoluten Bauwürdigkeit nirgends die Rede sei, auch nicht von der Möglichkeit der bergmännischen Gewinnung, und daß nach den amtlichen Motiven zu dem mit Art. 15 württemb. Berggef. wörtlich übereinstimmenden § 15 preuß. Berggef. unter der im Gesetzestext nicht erwähnten absoluten Bauwürdigkeit etwas von dem Nachweis der Existenz des Minerals Verschiedenes nicht zu verstehen sei. Danach sei es unzulässig, neben und unabhängig von dem Nachweis der Existenz des Minerals noch einen weiteren besonderen Nachweis, daß das Mineral in einer die bergmännische Gewinnung ermöglichenden Menge vorhanden sei, zu erfordern. Vielmehr sei entweder von dem Erfordernis der absoluten Bauwürdigkeit überhaupt abzusehen, sodaß es zur Gültigkeit der Mutung genügen würde, wenn nur die physische Möglichkeit besteht, das Mineral aus seiner natürlichen Ablagerungsstätte mit den Mitteln der heutigen Bergbautechnik zu gewinnen, oder aber es müsse zum mindesten der Nachweis der absoluten Bauwürdigkeit mit dem Nachweis des Minerals selbst zusammenfallen, d. h. die Abbauwürdigkeit dürfe nur dann verneint werden, wenn die Möglichkeit der bergmännischen Gewinnung in dem Maße für immer und so vollständig fehle, daß das Mineral niemals, auch nicht in Gemeinschaft mit anderen Betrieben, gewonnen werden kann, und man infolgedessen dazu gelangen muß, in dem entdeckten Mineralvorkommen das Vorhandensein eines Minerals im bergrechtlichen Sinne überhaupt zu leugnen.

Der Revision steht von vornherein entgegen, daß der in Art. 15 württemb. Berggef. gebrauchte Ausdruck „auf seiner natürlichen Ablagerung" nicht die enge Wortbedeutung hat, die ihm von dem Berufungsrichter beigelegt wird. Das Wort „Ablagerung" entbehrt, rein sprachlich genommen, keineswegs, wie der Berufungsrichter meint, jeder Beziehung zum Quantitätsbegriff. Vielmehr versteht der gewöhnliche Sprachgebrauch unter Ablagerung und Lagerung etwas wesentlich anderes und weiteres, als das bloße Vorhandensein vereinzelter Stücke eines Gegenstandes, nämlich außer der physischen Existenz an sich zugleich auch die Existenz in einer gewissen Mindestmenge. Man wird niemals von einer Lagerung von Korn oder einer Ablagerung von Sand reden, wo sich nur einzelne Individuen dieser Gattung vorfinden. Wenn es ferner im Gesetzestexte heißt, daß das Mineral „auf" seiner natürlichen Ablagerung entdeckt sein müsse, so ist damit — ebenfalls vom rein sprachlichen Standpunkte beurteilt — ausgedrückt, daß ein Zusammenhang der Fundstücke mit einer Ablagerungsstätte in dem eben gekennzeichneten Sinne erforderlich ist, das aufgefundene Mineral also nicht lediglich in der Form von Einschlüssen in taubem Gestein vorkommen darf, durch das ein solcher Zusammenhang ausgeschlossen wird. Nach allgemeinen Auslegungsregeln ist davon auszugehen, daß auch der Gesetzgeber die fraglichen Worte in keinem anderen Sinne als demjenigen, welcher dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entspricht, hat verstehen wollen. Für die gegenteilige Annahme fehlt es an jedem Anhalt; namentlich läßt sie sich nicht aus Art. 3 des Gesetzes, wo derselbe Ausdruck vorkommt, herleiten. Richtig ist freilich, daß die Bedeutung der Worte an diesen beiden Gesetzesstellen keine verschiedene sein kann, unzutreffend aber die weitere Annahme des Berufungsrichters, daß in Art. 3, weil es sich dort um eine erst die künftige Entdeckung eines Minerals bezweckende Thätigkeit handle, von dem Erfordernis eines gewissen Mengenverhältnisses keine Rede sein könne. Das als Schürfen bezeichnete Aufsuchen von Mineralien auf ihren natürlichen Ablagerungen ist ein specifisch bergmännischer Akt, der dazu dienen soll, die künftige Mutung eines Minerals zu ermöglichen und vorzubereiten. Der Ausdruck „Ablagerung" in Art. 3 hat daher keine selbständige Bedeutung, sondern sein Sinn richtet sich nach dem, was in Art. 15 unter demselben Ausdruck zu verstehen ist. Setzt letztere Gesetzes-

vorschrift das Vorkommen des Minerals an der Fundstelle in einer gewissen Anhäufung voraus, so ist damit zugleich die Richtung bezeichnet, in der sich die suchende Thätigkeit des Schürfers zu bewegen hat; diese ist erst dann, wenn das Mineral in dem durch Art. 15 erforderten Mengenverhältnis entdeckt ist, nicht aber schon mit dem Auffinden einzelner Nester, Einschlüsse oder sonstiger vereinzelter Spuren zum Ziele gelangt. Auch die amtlichen Motive zum preußischen Allgemeinen Berggesetze vom 24. Juni 1865, an welches sich das württembergische Berggesetz aufs engste, in den meisten Artikeln, insbesondere in den hier in Frage kommenden Artt. 3. 15 sogar wörtlich anschließt, bestätigen, daß der Gesetzgeber mit den Worten „auf seiner natürlichen Ablagerung" den ihnen im gewöhnlichen Leben zukommenden Sinn hat verbinden wollen. Denn wenn daselbst S. 33 einerseits für die Gültigkeit einer Mutung der Nachweis der sog. absoluten Bauwürdigkeit verlangt, anderseits hervorgehoben wird, unter der letzteren sei etwas von dem Nachweis der Existenz des Minerals Verschiedenes nicht zu verstehen, so ist dies nicht unklar, wie der Berufungsrichter meint, sondern findet seine einfache und ungezwungene Erklärung eben darin, daß nach der Auffassung der Motive der Begriff der absoluten Bauwürdigkeit sich mit dem des natürlichen Mineralvorkommens nur insoweit, als letzteres zugleich den Begriff der natürlichen „Ablagerung" erfüllt, d. h. nur dann deckt, wenn das Vorkommen nicht hinter einem gewissen Mindestquantum zurückbleibt. Hiernach bedarf es, um zu einem richtigen Verständnis des Gesetzes zu gelangen, nicht erst der Zuhilfenahme der vom Berufungsrichter herangezogenen allgemeinen volkswirtschaftlichen und gesetzgeberischen Gesichtspunkte; vielmehr ergiebt sich das, was der Gesetzgeber gewollt hat, schon unmittelbar aus dem Gesetzesworte selbst. Im Endergebnis aber hat der Berufungsrichter mit seiner auf einem unnötigen Umwege gewonnenen Auslegung das Richtige getroffen. Dasselbe gilt von der Frage, wie groß die Mindestmenge des entdeckten Mineralvorkommens sein muß, damit die Voraussetzungen einer Ablagerung im Sinne des Art. 15 für gegeben erachtet werden können. Als leitender Gesichtspunkt kommt hierbei, wie der erkennende Senat bereits in dem Urteil vom 27. November 1895 in Sachen J. w. S. u. Gen., Rep. V. 136/95, — auszugsweise abgedruckt in der Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1896 S. 93 Nr. 115 —

ausgesprochen hat, in Betracht, daß eine bergmännische Verwertung des Fossils möglich sein muß. Im übrigen hängt die Entscheidung der Frage von der Gestaltung des Einzelfalls, namentlich auch von der Art des zu gewinnenden Minerals ab. Dieselbe Menge z. B., die bei einem Kohlenfunde zweifellos unzureichend zum Betriebe eines Bergbaues sein würde, kann unter Umständen hier noch genügen, wenn es sich um Gold handelt. Auf dem gleichen Standpunkte steht auch die Praxis der preußischen Bergbehörden, wenn sie im Anschluß an die in dem Urteil des Reichsgerichts vom 23. Mai 1882 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 195) gegebene Bestimmung des Begriffs der absoluten Bauwürdigkeit eine solche Beschaffenheit des Mineralfundes verlangt, daß sich „vernünftigerweise" die Möglichkeit einer bergmännischen Gewinnung annehmen lasse.

Vgl. die Citate bei Klostermann-Fürst, Kommentar zum preuß. Berggesetz Anm. 3 zu § 15, sowie aus neuester Zeit die Rekursbescheide des preuß. Handelsministers vom 25. September 1898, 9. September 1899, 26. April und 1. Juni 1900, abgedruckt in Brassert's Zeitschr. f. Bergrecht Bd. 40 S. 115, Bd. 41 S. 119. 503. 504.

Dieser Praxis, die, wie in dem Rekursbescheide vom 1. Juni 1900 ausdrücklich bezeugt wird, sowohl bei den Verwaltungsbehörden wie bei den Gerichten eine festbegründete ist,

vgl. in dieser Beziehung außerdem den Rekursbescheid vom 6. August 1892 bei Brassert, a. a. O. Bd. 34 S. 268,

entgegenzutreten liegt kein Anlaß vor. Freilich läßt sich nicht verkennen, daß danach nicht bloß im allgemeinen dem thatsächlichen Ermessen der Bergbehörden und Instanzgerichte ein großer Spielraum eingeräumt ist, sondern daß insbesondere auch die Abgrenzung der Voraussetzungen der bergmännischen Gewinnungsfähigkeit gegenüber denjenigen der Rentabilität der Gewinnung, d. h. die Grenzlinie zwischen absoluter und relativer Bauwürdigkeit eine flüssige ist und für den Einzelfall Zweifel hervorrufen kann, ob die Geringfügigkeit des entdeckten Minerals nur den Bergbau unrentabel macht, oder die Gewinnungsfähigkeit überhaupt ausschließt. Diese Unsicherheit ist indessen eine notwendige Folge davon, daß es, wie oben bemerkt, nicht ausführbar ist, den Begriff der die absolute Bauwürdigkeit darstellenden „natürlichen Ablagerung" des Minerals in seinem Gegensatze zum bloßen physischen Mineralvorkommen an sich anders

als rein negativ zu bestimmen." (Folgt die Darlegung, daß der Berufungsrichter diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall richtig angewendet habe).

„2. Bezüglich der Frage, inwieweit zum Nachweis der absoluten Abbauwürdigkeit eines Mineralvorkommens spätere über die Ablagerungsstätte des Minerals gewonnene Aufschlüsse, insbesondere die Ergebnisse von Tieferbohrungen und Parallelbohrungen, verwertet werden dürfen, nimmt der Berufungsrichter an, es sei zwar zulässig, in Fällen, in denen die sinnliche Wahrnehmung des zu Tage geförderten Minerals es zweifelhaft lasse, ob ein verleihungsfähiger Fund vorliege, diese Lücke in der Beweisführung auf die angegebene Weise auszufüllen. Dagegen sei die Abbauwürdigkeit lediglich nach der Beschaffenheit des Mineralvorkommens am Fundpunkt selbst zu beurteilen; es genüge nicht, wenn durch nachträgliche Aufschließungen dargethan werde, daß das Mineralvorkommen die Eigenschaft einer bergmännisch ausbeutungsfähigen Ablagerung an einer anderen Stelle habe. Unter „Fundpunkt" sei allerdings nicht ein mathematischer Punkt, sondern die mehr oder weniger nach Länge, Breite und Tiefe ausgedehnte Stelle zu verstehen, wo ein Fund gemacht sei." (Folgt die Wiedergabe thatsächlicher Feststellungen des Berufungsrichters.)

„Die Revision greift den rechtlichen Ausgangspunkt dieser Beweiswürdigung als rechtsirrtümlich an. Sie ist der Ansicht, der Fundpunkt habe nur für die Frage, ob das Mineral überhaupt entdeckt und nachgewiesen sei, Bedeutung. Dagegen sei bei der Prüfung der Abbauwürdigkeit, wenn man eine solche für gesetzlich erforderlich erachte, jedenfalls nicht bloß der Fundpunkt in seiner engen Umgrenzung, sondern die Beschaffenheit der gesamten Lagerstätte, die erschürfte Mineralablagernng, von der das Berggesetz selbst inhaltlich seiner Vorschriften über die Feldesstreckung bei den meisten Mineralien eine regelmäßige Breitenausdehnung von mindestens zwei Millionen Quadratmeter und eine unbeschränkte Tiefenausdehnung annehme, in Betracht zu ziehen." (Folgt die Wiedergabe des weiteren, auf thatsächliche Verhältnisse sich beziehenden Inhalts der Revisionsbegründung.)

„Wenn die Revision sich zur Begründung ihrer Ansicht zunächst auf das bereits oben erwähnte Urteil des Reichsgerichts vom 23. Mai 1882,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 195,

beruft, so geht dies fehl. Allerdings wird dort in den vom höchsten Gerichtshof in Übereinstimmung mit dem Gericht zweiter Instanz gebilligten Entscheidungsgründen des ersten Urteils für den Begriff der absoluten Bauwürdigkeit ein Mineralvorkommen mit solcher Reichhaltigkeit erfordert, „die mit Rücksicht auf die Lage des Fundorts und die Beschaffenheit des denselben umgebenden Erdreichs eine weitere Verbreitung des Minerals in der Nähe desselben vermuten läßt oder mit anderen Worten eine Expektanz auf bergmännische Gewinnung gewährt"; auch werden weiterhin bei Beurteilung der Fündigkeit die Ergebnisse von Aufschlußarbeiten in einem 30 Fuß vom Fundpunkt aus eingetriebenen Stollen verwertet, und wird schließlich dem am Fundpunkt selbst entdeckten Bleierzstück (Grauwackenblock) Bedeutung für die Fündigkeit aus dem Gesichtspunkte beigemessen, daß es in dem Einschnitte eines Bergabhanges, der von mehreren in Betrieb befindlichen Bleierzgruben nicht gar weit entfernt gelegen war, aufgefunden sei und daher gewiß zu der Vermutung berechtige, daß das Innere des Bergwerks eine Erzlagerstätte verberge. Der Schwerpunkt der Entscheidung in jenem Prozesse lag jedoch nicht in der Frage, ob und inwieweit neben dem natürlichen Vorkommen des Minerals noch weitere Anforderungen an die Fündigkeit der Mutung zu stellen seien, sondern darin, ob man es am Fundpunkte der damaligen Mutung überhaupt mit einem Mineral *auf seiner natürlichen Ablagerung* zu thun habe, oder ob nicht vielmehr ein *künstlich* hergestellter Fund vorliege, ferner welche Änderungen in Bezug auf das Erfordernis der Fündigkeit das preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 gegenüber dem älteren Rechtszustande eingeführt habe. Für die Entscheidung des wesentlich anders gearteten Streitstoffs des vorliegenden Prozesses läßt sich daher aus jenen Darlegungen Maßgebendes nicht entnehmen. Dasselbe gilt von einem weiterhin seitens der Revision in Bezug genommenen Erkenntnis des vormaligen Appellationsgerichts in Naumburg a. S. vom 15. November 1869 und dem darauf ergangenen, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen letzteres Urteil zurückweisenden Erkenntnis des vormaligen Obertribunals vom 29. Juni 1870.

Vgl. den Abdruck in *Brassert's* Zeitschr. für Bergrecht Bd. 11 S. 334 flg.

Beiden Urteilen kann für den vorliegenden Fall irgend welche prin-

cipielle Bedeutung schon deshalb nicht beigelegt werden, weil die thatsächlichen Verhältnisse des damaligen Falles wesentlich verschiedene waren.

Die Revision versucht aber ihrem Angriff auch eine sachliche Stütze zu geben, indem sie geltend macht, daß aus der vom Berufungsrichter selbst anerkannten Natur des Fundpunktes als einer nach Länge, Breite und Tiefe mehr oder weniger ausgedehnten Stelle die Notwendigkeit folge, die nächste, durch die Nachbohrungen vom 18. und 27. Juli aufgeschlossene Umgebung des Bohrlochs auch nach dessen Tiefe zu mitzuberücksichtigen. Das Argument trifft indessen nicht zu. Bei Funden, die mittels eines Bohrlochs oder eines Schachtbetriebes gemacht sind, hat die Tiefenlage des Fundpunktes eine andere Bedeutung als dessen Ausdehnung in horizontaler Richtung. Während hinsichtlich der letzteren es unbedenklich ist, den Begriff des Fundpunktes nicht auf den durch die Peripherie des Fundbohrlochs bedeckten Raum zu beschränken, sondern auch die nächste Umgebung des Bohrlochs, je nach der Beschaffenheit des Aufschlusses im einzelnen Falle, dem Fundpunkte hinzuzurechnen,

vgl. die Rekursbescheide des preuß. Handelsministers vom 2. März 1868, 24. Dezember 1870 und 14. Oktober 1871, abgedruckt in Brassert's Zeitschr. f. Bergr. Bd. 9 S. 191, Bd. 12 S. 134, Bd. 13 S. 557,

dient die Tiefendimension dazu, den Fund zu individualisieren. Sie gewährt die sichere objektive Grundlage sowohl für die Entscheidung der bei der amtlichen Fundesbesichtigung zu erörternden Frage, ob die Entdeckung des gemuteten Minerals vor der Mutungseinlegung erfolgt ist, als auch für die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen mehreren Mutern, insbesondere im Falle eines Wettbohrens, über den Rang der einzelnen Mutungen. Mit Recht wird daher, obwohl das preußische Allgemeine Berggesetz eine dahin gehende ausdrückliche Vorschrift nicht enthält, von den preußischen Bergbehörden in feststehender Praxis angenommen, daß die durch § 14 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes vorgeschriebene „Bezeichnung des Fundpunktes" auch die Angabe der Teufe, in welcher der Fund gemacht worden ist, enthalten muß.

Vgl. die in der Ministerialinstanz erlassenen Rekursbescheide vom 9. Dezember 1881 und vom 12. September 1891 bei Brassert a. a. O. Bd. 23 S. 266; Bd. 32 S. 538.

In dem letzteren Bescheide wird es sogar für ungenügend erklärt, wenn der Fund an einer höheren Stelle gemacht ist, da auch in einem solchen Falle das Mineral an einem anderen als dem in der Mutung angegebenen Fundpunkte nachgewiesen werde. Ob dieser Auffassung in solcher Allgemeinheit beizutreten sein möchte, kann für den gegenwärtigen Rechtsstreit ebenso dahingestellt bleiben, wie die Entscheidung der anderen Frage, inwieweit Nachbohrungen in die Tiefe bei Beurteilung der Abbauwürdigkeit des am Fundpunkt Entdeckten dann verwertet werden dürfen, wenn nach ihrem Ergebnis das entdeckte Mineralvorkommen zwar nicht für sich allein, wohl aber in Verbindung mit einer tieferen Schicht abbauwürdig erscheint und das dazwischen gelagerte taube Gestein von so geringfügiger Menge ist, daß das über und unter ihm befindliche Mineral als eine einheitliche Ablagerungsstätte im Sinne des Art. § 15 württemb. (preuß.) Berggef. angesehen werden muß. Denn an der letzteren Voraussetzung, deren Feststellung auf rein thatsächlichem Gebiete liegt, fehlt es im vorliegenden Falle." ...

---

56. Kommt in dem Falle, daß von zwei benachbarten Grundstücken desselben Eigentümers, deren eines in einem Verhältnisse thatsächlichen Dienens zu dem anderen gestanden hat, das erstere im Wege der Zwangsversteigerung verkauft wird, durch den Zuschlag, wenn in den Kaufbedingungen nichts Abweichendes bestimmt ist, stets eine dem bisherigen thatsächlichen Verhältnisse entsprechende Grundgerechtigkeit zur Entstehung?

VII. Civilsenat. Urt. v. 10. Mai 1901 i. S. W. (Bekl.) w. Kloster der b. B. (Kl.). Rep. VII. 58/01.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Zu dem Nachlasse des verstorbenen Rittergutsbesitzers v. B. gehörten die Grundstücke Grundbuchblatt L. Nr. 11 und Nr. 14, die ursprünglich Bestandteile des Rittergutes L. gewesen waren, aber schon

auf den Antrag eines früheren Eigentümers je ein besonderes Grundbuchblatt erhalten hatten. Über den Nachlaß des v. V. wurde das Konkursverfahren eröffnet. Auf Antrag des Konkursverwalters ist das Grundstück L. Nr. 14 im Zwangsvollstreckungswege zur Versteigerung gebracht und durch Urteil des Vollstreckungsgerichtes vom 17. Juni 1897 dem klagenden Kloster zugeschlagen. Am 20. September 1898 ist das Grundstück L. Nr. 11 vom Konkursverwalter dem Beklagten aufgelassen.

Auf dem Grundstücke Nr. 11 befinden sich Fabrikgebäude, welche zu der Zeit, als die Grundstücke Nr. 11 und Nr. 14 noch Bestandteile des Rittergutes L. waren, errichtet worden sind. Durch das Grundstück Nr. 11 zieht sich von den Fabrikgebäuden an eine unterirdische Rohrleitung zur Wasserableitung. Dieselbe führt von dem genannten Grundstücke aus über das des Klägers Nr. 14 und weiter. Die Rohrleitung ist auch schon zu einer Zeit angelegt, als die beiden Grundstücke zusammen noch das Rittergut bildeten. Der Beklagte nimmt das Recht in Anspruch, und zwar in Form einer Grundgerechtigkeit, die Rohrleitung auf dem Grundstücke des Klägers zur Wasserableitung zu benutzen. Er stützt sich darauf, daß die Benutzung bis zur Zwangsvollstreckung stattgefunden habe, auch in den Kaufbedingungen eine Ausschließung der Dienstbarkeit nicht vorgesehen, und daß deshalb mit dem Zuschlage eine Grundgerechtigkeit zu Gunsten seines Grundstückes entstanden sei. Kläger, welcher bestreitet, daß die Rohrleitung noch benutzt werde, auch geltend macht, daß dieselbe von ihm weder wahrgenommen sei noch hätte wahrgenommen werden müssen, hat auf Anerkennung des Nichtvorhandenseins der Grundgerechtigkeit geklagt. In der ersten Instanz ist die Klage abgewiesen, in der Berufungsinstanz aber nach dem Antrage derselben erkannt. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das angefochtene Urteil hat eine zwiefache Grundlage. Eine jede würde, wenn sie sich als rechtlich zutreffend erweist, selbständig die Entscheidung zu tragen geeignet sein.

In dem ersten Teile der Erwägungen beschäftigt der Berufungsrichter sich mit Fragen der Auslegung. Indem er die Zulässigkeit einer Parallelisierung des Zwangsverkaufs mit dem freiwilligen Verkauf unterstellt, gelangt er an der Hand allgemeiner Betrachtungen und

unter Berücksichtigung der besonderen Lage des gegebenen Falles zu der Annahme, daß es an einem auf Begründung einer Servitut gerichteten Willen fehle.

Alsdann wendet er sich zur Frage der rechtlichen Natur des Zwangsverkaufes und entscheidet sich für eine Konstruktion, nach Maßgabe deren dieser, falls nicht eine Abweichung von den gesetzlichen Verkaufsbedingungen ausdrücklich vereinbart ist, einen zur Begründung einer Servitut geeeigneten Rechtsakt überhaupt nicht darstellt, die im ersten Teile der Erwägungen als möglich behandelte Paralleliſierung also in Wahrheit unstatthaft sein würde."

(Es folgt eine Darstellung der den ersten Punkt betreffenden Erwägungen des Berufungsrichters, die in thatsächlicher Hinsicht insbesondere dahin gehen, daß der Kläger von dem Vorhandensein der Rohrleitung Kenntnis nicht gehabt hat; dann wird fortgefahren:)

„Wenn nun auch den Ausführungen des Berufungsrichters nicht in ihrem vollen Umfange zuzustimmen ist, so enthalten sie doch Annahmen, welche einer Beanstandung nicht ausgesetzt sind, und welche die getroffene Entscheidung rechtfertigen.

Zwar muß eine auf Entstehung der Grundgerechtigkeit gerichtete Vereinbarung schon dann als gegeben angenommen werden, wenn bei einer Veräußerung eines Grundstückes, welches zu einem anderen, benachbarten Grundstücke desselben Eigentümers in einem thatsächlich dienenden Verhältnis gestanden hat, der übereinstimmende Wille der Kontrahenten auf Fortdauer des bisherigen Zustandes gerichtet ist. Nicht als erforderlich erscheint, daß die Kontrahenten sich über die Existenz des Rechtssatzes, nach welchem, abgesehen von der Vorschrift des § 54 A.L.R. I. 22, niemandem die eigene Sache rechtlich dienen kann, klar gewesen sind, also gewußt haben, daß es bisher an den Voraussetzungen für ein im Rechte begründetes Dienstbarkeitsverhältnis fehle und ein solches erst geschaffen werden müsse. Gerade die mangelnde Kenntnis von jenem Rechtssatz wird vielfach die Ursache sein, daß die ausdrückliche Bestellung einer Servitut unterbleibt. Der Wille, daß das Dienstbarkeitsverhältnis fortdauern, also bestehen soll, was fortan nur in Gestalt eines rechtlichen, nicht eines bloß faktischen Verhältnisses möglich ist, schließt den Begründungswillen mit Notwendigkeit in sich. Vom Berufungsrichter ist dies auch nicht verkannt. Ob aber ein auf Fortdauer des bisherigen Zustandes gerichteter Wille

als vorhanden angenommen werden kann, fällt der Prüfung des Thatsächlichen anheim.

Wenn es nun auch im Interesse der Sicherheit des Verkehrs mit Grundstücken in hohem Maße wünschenswert ist, daß bei Veräußerung eines von mehreren Grundstücken desselben Eigentümers in den zwischen ihnen bestehenden Verhältnissen eine Änderung, welche dem bisher herrschenden vielleicht großen Nachteil und dem bisher dienenden vielleicht nur geringen Vorteil bringt, unterbleibe, so genügt dies doch nicht zur Rechtfertigung der Annahme, daß bei einem jeden Grundstücksverkauf der Wille der Parteien dahingehe, daß, sollte noch ein benachbartes Grundstück desselben Eigentümers vorhanden sein, und sollte das verkaufte Grundstück zu diesem in einem Verhältnisse thatsächlichen Dienens gestanden haben, dieses aufrecht erhalten werden solle, mochte auch der Käufer weder von dem einem noch von dem anderen Kenntnis gehabt haben, und mochte ihm aus seiner Nichtkenntnis ein begründeter Vorwurf nicht gemacht werden können. Auch für den Zwangsverkauf läßt sich eine solche Ansicht nicht begründen; insbesondere findet sie keine Stütze darin, daß bei diesem, wie überhaupt bei Versteigerungen, nicht einzelne bestimmte Personen, sondern ein individuell nicht bestimmbarer Kreis von Kaufliebhabern als Bieter auftritt, und daß mit den einzelnen vor der Versteigerung in der Regel nicht speciell verhandelt wird; denn hieraus folgt nicht, daß die Bieter, einer gleich dem anderen, als bekannt mit allen näheren Verhältnissen des Grundstückes gelten wollen. Aus dem Charakter des Geschäftes als eines Verkaufes in Pausch und Bogen läßt sich gleichfalls (vgl. auch §§ 183. 186. 187 A.L.R. I. 11) nichts herleiten. Die Vorschrift im § 22 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, laut deren die der Eintragung nicht bedürfenden dinglichen Lasten auf den Ersteher übergehen, sofern nicht durch die Kaufbedingungen etwas anderes bestimmt ist (vgl. § 60), ist hier ebensowenig zu verwerten; sie begründet keinen Schluß auf einen dahingehenden Willen der Bieter, alle faktischen Dienstbarkeitsverhältnisse des Grundstückes denselben rechtlichen Gesichtspunkten zu unterstellen, welche für schon existente Servitutrechte Dritter kraft Gesetzes gelten.

Der Schwerpunkt der Beurteilung fällt hiernach stets in die Lage des individuellen Falles. In dem gegenwärtigen Falle ist in einer prozessual nicht zu bemängelnden Weise festgestellt, daß der Käufer

mit dem Vorhandensein eines Dienstbarkeitsverhältnisses vollständig unbekannt gewesen ist. Zwar mag nun die Kenntnis keine schlechterdings unerläßliche Bedingung für die Annahme eines auf Fortdauer des bisherigen Zustandes gerichteten Willens bilden, und mag es Fälle geben, in denen als Basis des Vertragsschlusses anerkannt werden muß, daß der Kaufreflektant sich über die Verhältnisse des Grundstückes näher zu unterrichten, speciell es einer Besichtigung zu unterwerfen hat, und daß, sofern er dies unterläßt, bei einer Besichtigung aber Anlagen bemerkt haben würde, die auf eine Dienstbarkeit schließen lassen, er sich nach den im Verkehre herrschenden Grundsätzen von Treue und Glauben so behandeln lassen muß, als hätte er thatsächliche Kenntnis gehabt. Selbst bei Versteigerungen und sogar auch bei Zwangsversteigerungen mag eine solche Vertragsgrundlage denkbar sein; denn so sehr auch der Bieter der Regel nach darauf rechnen wird, das Zuschlagsurteil nebst den gesetzlichen und den ausdrücklich vereinbarten Bedingungen als allein entscheidend für das Maß seiner Rechte wie der Belastung des Grundstückes betrachten zu dürfen, so können doch im einzelnen Falle besondere Vorgänge, namentlich im Versteigerungstermine selbst, z. B. wenn in diesem die Fortdauer etwaiger faktischer Verhältnisse ohne Widerspruch von irgend einer Seite als etwas Selbstverständliches hingestellt ist, zu einem abweichenden Ergebnisse führen. Im vorliegenden Falle hat der Beklagte derartige Vorgänge nicht geltend machen, insbesondere nicht behaupten können, daß in dem Versteigerungstermine ein Dienstbarkeitsverhältnis des Grundstückes zu einem anderen zur Masse gehörigen Grundstücke zur Sprache gekommen wäre. . . .

Eine auf Fortdauer der bisherigen Verhältnisse gerichtete Willenseinigung ist also ohne Rechtsverletzung verneint." . . .

(Weiter legen die Gründe dar, daß diese Annahmen mit den Entscheidungen des V. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 15. April 1885 [Entsch. desselben in Civils. Bd. 13 S. 249] und vom 25. Februar 1891 [preuß. Just.-Min.-Bl. S. 244 und Gruchot, Beiträge Bd. 35 S. 1031] nicht in Widerspruch treten, und zwar unter Hinweis auf zwei neuere Entscheidungen des genannten Senates, nämlich das Urteil vom 30. März 1895 [Jurist. Wochenschr. S. 233 Nr. 33] und Beschluß vom 26. Januar 1901, Rep. V. 5/01; dann heißt es weiter:)

„Was endlich die zweite Grundlage des Berufungsurteiles betrifft, so würde eine dahingehende Annahme, daß im Subhastationsverfahren die Entstehung einer Servitut an dem versteigerten Grundstücke nach Maßgabe der der Zwangsversteigerung durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 gegebenen rechtlichen Gestalt nur dann geschehen könne, wenn sie in den Kaufbedingungen ausdrücklich festgesetzt sei, und daß sie beim Fehlen dieses Erfordernisses selbst dann nicht Platz greife, wenn ein auf sie gerichteter stillschweigend erklärter Wille sowohl des antragstellenden Gläubigers oder Konkursverwalters als der sämtlichen übrigen Interessenten des Verfahrens, als endlich auch des Erstehers erweislich ist, nach der hier allerdings zutreffenden Auffassung der Revision mit den Urteilen vom 15. April 1885 und 25. Februar 1891 in Widerspruch treten. Der erkennende Senat hätte also, falls er dieser Annahme folgen wollte, nach § 137 G.V.G. eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate einholen müssen. Da aber das angefochtene Berufungsurteil sich schon im Hinblick auf seine erste Grundlage als zutreffend darstellt, so bedarf es einer Stellungnahme zu der zweiten nicht; der erkennende Senat geht also auf die für diese interessierenden Rechtsfragen nicht ein."

---

57. Sind die Gemeinden berechtigt, Entschädigung zu beanspruchen, wenn die ihnen durch § 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 verliehene Fischereiberechtigung durch eine im öffentlichen Interesse hergestellte Anlage beseitigt oder beeinträchtigt wird? Zur Auslegung der §§ 6 und 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. Mai 1901 i. S. Reichsfiskus (Bekl.) w. Kirchspielgemeinde Albersdorf (Kl.). Rep. VII. 139/01.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Gieselau ist ein öffentlicher Fluß, der im Gebiete der klagenden Gemeinde entspringt, und dessen Lauf sich vor dem Bau des Kaiser-Wilhelm-Kanals bis zur Eider erstreckte und in diese mündete. Sie wird jetzt von dem Kaiser-Wilhelm-Kanal in ihrem Mittellauf, den der Kanal zum wesentlichen Teile in sich aufgenommen hat, derart durchschnitten, daß der Unterlauf von dem Oberlauf voll-

ständig getrennt und jeder Zusammenhang zwischen beiden aufgehoben worden ist. Der Unterlauf ist ein stehendes Gewässer geworden, in das zur Zeit der Flut das Wasser der Eider hineindringt. Der Oberlauf, der ein fließendes Gewässer geblieben ist, da er fortdauernd von den Quellen des Flusses gespeist wird, mündet jetzt mittels einer Schleuse in den Kaiser-Wilhelm-Kanal. Dieser Teil des Flusses, der vor der Anlage des Kanals fischreich war, ist jetzt an Fischen verarmt, und zwar hat dies seinen Grund darin, daß den Fischen, welche früher zum Laichen aus der Nordsee in die Eider und aus dieser in die Gieselau bis in deren Oberlauf hinaufstiegen, jetzt der Weg hierhin versperrt ist.

Der Oberlauf der Gieselau durchströmt das Gebiet der klagenden Gemeinde von seinem Ursprung bis nach Grünenthal; von hier bis zum Kanal bildet er die Grenze zwischen ihr und den benachbarten Gemeinden, sodaß er auf dieser Strecke nur zur Hälfte zu dem ersteren Gemeindebezirk gehört. Die klagende Gemeinde macht an diesem teils ganz, teils zur Hälfte in ihrem Bezirk gelegenen Oberlauf des Flusses ein Fischereirecht geltend, welches sie in erster Instanz auf den § 6, in zweiter auf den § 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 gestützt hat. Wegen der Schädigung, die dieses Fischereirecht in der geschilderten Weise durch die Anlage des Kaiser-Wilhelm-Kanals erlitten hat, nimmt sie den Beklagten in Anspruch und hat Klage gegen ihn erhoben mit dem Antrage, ihn zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 3500 ℳ nebst Zinsen an sie zu verurteilen. Der Beklagte hat der Klage widersprochen.

Der erste Richter, welcher die Verhandlung auf den Grund des Anspruches beschränkt hat, hat die Klage abgewiesen; der Berufungsrichter hat dagegen den Anspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Gedankenreihe der Berufungsentscheidung entwickelt sich in folgender Weise.

Zunächst stellt der Berufungsrichter fest, daß die Gieselau bis zum Inkrafttreten des Fischereigesetzes dem freien Fischfange unterlegen habe, und daß daher in Gemäßheit des § 7 des Fischereigesetzes

die Fischerei in der Gieselau, soweit diese in der Gemarkung der klagenden Gemeinde fließt, der letzteren zustehe. Alsdann legt er dar, daß dieses Fischereirecht ein im Wege der Klage verfolgbares Privatrecht sei, und zwar leitet er solches daraus her, daß das im § 6 der politischen Gemeinde übertragene Recht zweifellos privatrechtlichen Charakter trage, mit diesem Recht aber gleicher Art das im § 7 den Gemeinden beigelegte Recht sei, was sich aus den Motiven, den §§ 5. 8 und 9 des Gesetzes, in denen die der Gemeinde aus beiden Rechten zustehende Fischerei gleich behandelt werde, und aus dem im § 32 für das Recht aus § 7 gebrauchten Ausdruck „Fischereigerechtigkeit" ergebe. Weiter führt der Berufungsrichter aus: in dieses Fischereirecht der Klägerin habe der Beklagte durch den Bau des Kaiser-Wilhelm-Kanals eingegriffen. Diesen Eingriff habe der Reichsfiskus nicht vorgenommen auf Grund eines ihm an der Gieselau als einem öffentlichen Flusse zukommenden Hoheitsrechtes, da dieses allein dem preußischen Staat zustehe, sondern auf Grund des Art. 4 Nr. 8 der Reichsverfassung (Herstellung von Wasserstraßen im Interesse der Landesverteidigung und des allgemeinen Verkehrs) in Verbindung mit dem Reichsgesetz vom 16. März 1886, betreffend die Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals. Da weder in diesem Gesetz noch in der Reichsverfassung bestimmt sei, daß das Reich bei dem Bau von Wasserstraßen ohne Entschädigung der Berechtigten in bestehende Privatrechte eingreifen könne, auch die nähere Festsetzung der Kanallinie im Gesetze nicht erfolgt, sondern dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen sei, so handele es sich nicht um einen direkt durch das Gesetz erfolgten Eingriff, sondern um einen von der Verwaltungsbehörde auf Grund des Gesetzes bewirkten Eingriff. Es bestehe nun im Gebiete des gemeinen Rechtes ein allgemeines Gewohnheitsrecht des Inhaltes, daß, auch abgesehen von den Fällen der Enteignung, der Staat dann zur Entschädigung verpflichtet sei, wenn eine Verwaltungsbehörde auf Grund einer ihr gesetzlich zustehenden Befugnis aus Gründen des öffentlichen Wohles in dingliche Rechte Privater eingreife und letztere diesem Eingriff nicht widersprechen könnten. Nach diesem Grundsatze müsse der Beklagte der Klägerin Ersatz leisten, und zwar in doppelter Richtung, nämlich erstens für die gänzliche Entziehung der Fischerei, insoweit man den Teil der Gieselau, an dem die Klägerin fischereiberechtigt gewesen sei, in den Kanal

hineingezogen habe, da hier die Ausübung der Fischerei der Klägerin unmöglich gemacht sei; es sei ihr insoweit ein dingliches Recht aus Gründen des öffentlichen Interesses entzogen; zweitens aber müsse der Beklagte die Klägerin auch dafür entschädigen, daß der Oberlauf der Gieselau, der dem Fischereirecht der Klägerin noch jetzt unterliege, an Fischen verarmt sei.

Bezüglich dieses Punktes giebt der Berufungsrichter folgende Begründung:

Zwar liege hier kein direkter Eingriff in das Fischereirecht der Klägerin vor, da sie kraft dieses Rechtes keinen Anspruch auf den ungehinderten Zuzug der Seefische habe; wohl aber finde das nach zahlreichen Entscheidungen im Gebiet des gemeinen Rechtes in Geltung befindliche interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit, Dig. 43, 13, Anwendung; es könne sich dieses Rechtsmittels auch der Fischereiberechtigte bedienen, und wenn danach die Klägerin der Änderung des Flußlaufes der Gieselau, falls sie von einem Privaten vorgenommen wäre, im Wege der Klage hätte widersprechen können, dieses Widerspruchsrecht aber der von dem Deutschen Reich aus Gründen des öffentlichen Wohles unter Genehmigung des preußischen Staates, als des Inhabers des Hoheitsrechtes an dem öffentlichen Fluß, vorgenommenen Änderung gegenüber versage, so ergebe sich daraus die Verpflichtung des Deutschen Reiches, die Klägerin, welche von dem ihr sonst zustehenden Verbietungsrecht keinen Gebrauch machen könne, zu entschädigen.

Dieses in sich fest geschlossene Gefüge der vorderrichterlichen Ausführungen sucht die Revision an verschiedenen Stellen zu durchbrechen, indes vergeblich.

Den Hauptangriff richtet die Revision gegen die Annahme des Berufungsrichters, daß das im § 7 des Fischereigesetzes den Gemeinden verliehene Recht ein im Civilrechtswege verfolgbares Privatrecht darstelle. Sie begründet dies damit, daß es sich hier um Verleihung einer Berechtigung handle, welche früher jedermann zugestanden habe, und diese lediglich im öffentlichen Interesse geschehen sei. Weiter sieht die Revision den öffentlichrechtlichen Charakter der im § 7 begründeten Berechtigung durch die Worte der Motive zu den §§ 6 und 7 bestätigt, welche dahin lauten:

„Soll die Binnenfischerei erhalten und gehoben werden, so ist eins

der ersten Erfordernisse, daß kein Teil der Gewässer der wilden Fischerei ausgesetzt sei, daß vielmehr die zusammenhängenden Fischwasser in ihrer ganzen Erstreckung in der Hand von Berechtigten liegen, denen das eigene Interesse die Sorge für die Erhaltung des Fischbestandes auferlegt."

Endlich erachtet es die Revision für unrichtig, wenn der Berufungsrichter den Ausdruck „Fischereigerechtigkeit" im privatrechtlichen Sinne deute, ihn daher für seine Auffassung verwerte, da der Ausdruck „Gerechtigkeit" keineswegs immer mit „Privatgerechtigkeit" identisch sei, wie das Beispiel der „Schankgerechtigkeit" zeige.

An diese Ausführungen knüpft die Revision alsdann die nachstehende Schlußfolgerung: gehöre das durch § 7 den Gemeinden verliehene Fischereirecht dem öffentlichen Rechte an, so sei dieses Recht mit Notwendigkeit an sein Substrat, den öffentlichen Fluß gebunden, sodaß es mit diesem zu existieren aufhöre; finde der Staat es für zweckmäßig, den Fluß als solchen aufzuheben, so erlösche damit das Recht der Gemeinde von selbst; für eine Entschädigung fehle die rechtliche Unterlage, weil ein verletztes Privatrecht nicht vorliege.

Dieser während des ganzen Rechtsstreites von dem Beklagten verteidigte Standpunkt ist nicht haltbar.

Es ist zutreffend, wenn das Berufungsgericht zur Ermittelung des Charakters der im § 7 neu geschaffenen Berechtigung auf das Wesen des im § 6 behandelten Rechtes zurückgeht, da, wie weiter unten noch näher darzulegen sein wird, nicht daran zu zweifeln ist, daß beide Rechte gleicher Art sind. Was es nun mit dem Recht des § 6 und der daran getroffenen Änderung für eine Bewandtnis hat, ist allerdings aus der Berufungsentscheidung nicht klar ersichtlich; es bedarf zu diesem Punkte der nachstehenden Erörterung.

Schon im allgemeinen Teile der Begründung zum Entwurfe des Fischereigesetzes ist von dem Rechte des § 6 die Rede. Es wird dort (S. 22 a. a. O.) gesagt:

„Der Fall, daß Fischereiberechtigungen von allen Mitgliedern einer Gemeinde *ausgeübt* werden, ist kein ganz seltener. Einen solchen Zustand kann das Gesetz seinen Zielen nach nicht aufrecht erhalten; der Entwurf *überträgt* daher derartige Berechtigungen im § 6 *auf* die politische Gemeinde und beschreitet im § 7 denselben Weg rück-

sichtlich aller solcher Binnengewässer, in welchen der Fischfang bisher frei war."

Diese Ausführung ist nicht völlig durchsichtig; sie kann die Meinung erwecken, als habe die Staatsregierung die Sache so angesehen, daß es in diesem Falle sich um wirklich selbständige Berechtigungen der Gemeindemitglieder handle, die ihrer Substanz nach und nicht nur nach ihrer Ausübung neu auf die Gemeinde übertragen werden sollten. Allein die spezielle Begründung zum § 6, welche folgendermaßen lautet:

„Wenn nach § 6 Fischereiberechtigungen, welche, ohne mit einem bestimmten Grundbesitze verbunden zu sein, bisher von allen Einwohnern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, künftig der politischen Gemeinde zustehen sollen, so ist darin kein Eingriff in wohlerworbene Rechte zu erkennen, welche in der That nicht existieren und rechtlich nicht zu konstruieren sein würden, sondern die Wiederherstellung und Klarstellung des eigentlichen Rechtsverhältnisses."

(Drucksachen des Abgeordnetenhauses 1873/74 Nr. 98 S. 26) läßt die wahre Auffassung der Staatsregierung völlig deutlich zu Tage treten, und diese geht, entsprechend der wirklichen Rechtslage, dahin:

Es handelt sich in diesen Fällen um ein Recht, welches seiner Substanz nach bereits der Gemeinde zusteht; nur die Ausübung war den Gemeindeangehörigen (Gemeindemitgliedern in der weiteren Bedeutung dieses Wortes), und zwar sämtlichen, überlassen. Es handelt sich also um „Gemeindegliedervermögen" im technischen Sinne dieses Wortes (§ 1 Abs. 2 der Deklaration vom 26. Juli 1847, Gesetz-Sammlung S. 327). Nun war es zur Zeit des Erlasses des Fischereigesetzes bereits lange geltendes Recht, welches im § 69 Abs. 3 der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 von neuem Anerkennung gefunden hat, daß Gemeindegliedervermögen, das sämtlichen Gemeindeangehörigen lediglich als solchen, ohne daß noch etwas sonst hinzutritt, zusteht, ohne Entschädigung des bisherigen Ausübungsberechtigten in Gemeindevermögen im engeren Sinne (in Städten Kämmereivermögen genannt) verwandelt werden kann. Ein wohlerworbenes Individualrecht der Gemeindemitglieder auf die Fortdauer des bisherigen Verhältnisses in dem Sinne, daß ihnen in solchem Fall für die Entziehung ihrer Nutzungen Entschädigung zu gewähren sei, ist als

existierend und rechtlich konstruierbar vom Gesetzgeber nicht anerkannt worden. Eben dies ist es, was die Motive zu § 6 im Auge haben, wenn sie sagen, die im § 6 enthaltene Bestimmung bedeute keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte, welche in der That nicht existierten und rechtlich nicht zu konstruieren seien. Jene Umwandlung von Gemeindegliedervermögen in Gemeindevermögen im engeren Sinne (Kämmereivermögen) geschieht nun regelmäßig im Wege des früher der Genehmigung der Aufsichtsinstanz, gegenwärtig der des Kreisausschusses (nicht der des Landrates als Vorsitzenden des Kreisausschusses, § 139 der Landgemeindeordnung) bedürfenden Gemeindebeschlusses. Bei diesen Fischereiberechtigungen hat aber, um die Sache im Interesse der Fischzucht einheitlich und durchgreifend zu ordnen und nicht die für erforderlich erachtete Maßnahme von dem Belieben der sämtlichen einzelnen Gemeinden des Staates abhängig zu machen, der Gesetzgeber selbst die Umwandlung in die Hand genommen und angeordnet, daß die Ausübung des Rechtes nicht mehr den sämtlichen Gemeindeangehörigen überlassen sei, sondern durch die Gemeinde selbst erfolgen solle; auch hat er, um eine Wiederkehr des früheren Zustandes zu verhüten, im § 8 das Freigeben des Fischfanges den Gemeinden verboten und vorgeschrieben, daß diese ihr Recht nur durch angestellte Fischer oder durch Verpachtung nutzen dürfen. Es ist hiernach ohne weiteres verständlich, was die Motive zu § 6 mit den Worten sagen wollen, in der Bestimmung des § 6 sei „die Wiederherstellung und Klarstellung des eigentlichen Rechtsverhältnisses" zu erkennen. Ganz genau ist allerdings diese Ausdrucksweise nicht, ebensowenig wie die des Gesetzes. Klar gestellt durch § 6 wird allerdings das eigentliche Rechtsverhältnis, wonach die Gemeinde bereits bisher die Substanz der Berechtigung besaß und deren Träger war, insofern, als es dort heißt „Fischereiberechtigungen, welche ... bisher von allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, sollen künftig ... der politischen Gemeinde zustehen". Dabei ist aber die Wendung, daß die Berechtigungen künftig der Gemeinde zustehen sollten, irreführend und nicht korrekt, und hat offenbar hauptsächlich zu dem vielfach irrtümlichen Verständnis des § 6 beigetragen. Es hätte statt dessen die Übertragung der Ausübung der Berechtigungen auf die Gemeinde selbst zum Ausdruck gebracht werden müssen. Auch ist es nicht richtig, wenn die Motive nur eine „Wiederherstellung"

des eigentlichen Rechtsverhältnisses in der getroffenen Bestimmung erblicken wollen; es hat, wie nicht zu bezweifeln, ein solcher Zustand, wie jetzt, hinsichtlich der Ausübung des Rechtes früher wohl kaum je bestanden. Diese Mängel der Fassung des Gesetzes, wie die der Ausdrucksweise der Motive, sind indes sachlich belanglos; die wahre Gestaltung der Rechtslage kann deswegen ernstlichen Zweifeln nicht unterworfen sein, die demgemäß auch von dem V. Civilsenat des Reichsgerichtes bereits in wiederholten Entscheidungen,

Jur. Wochenschr. 1888 S. 294 Nr. 33, 1896 S. 238 Nr. 37,

dahin anerkannt ist, daß die Bestimmung des § 6 keine konstitutive, sondern insofern nur deklaratorische Bedeutung habe, als damit klar gestellt sei, daß der Träger der im § 6 behandelten Berechtigungen die Gemeinde sei.

Die vorstehenden Erörterungen haben das für die Sachentscheidung wesentliche Ergebnis, daß der § 6 überhaupt nur das Verhältnis der Gemeindeglieder zur Gemeinde betrifft. Dieses Verhältnis war, da die Nutzung des der Substanz und Trägerschaft nach der Gemeinde zustehenden Rechtes ausschließlich und allein in der Gemeindeangehörigkeit wurzelte, zweifellos rein öffentlicher Natur, wie denn auch, wenn der § 6 nicht erlassen wäre und Streit bezüglich dieses Nutzungsrechtes zwischen den Gemeindegliedern und der Gemeinde entstanden wäre, heutzutage nach den einschlägigen Bestimmungen (§ 70 der Landgemeindeordnung) ohne Zweifel die Verwaltungsgerichte darüber zu entscheiden gehabt haben würden. Der Beklagte hat daher allerdings Recht, wenn er diese Berechtigungen der Gemeindeglieder (sc. an dem Vermögen der Gemeinde) für öffentlichrechtliche erachtet und solches auch daraus schließt, daß sie ohne Entschädigung aufgehoben sind; wären sie privatrechtlicher Natur gewesen, so hätte dies allerdings nicht geschehen können.

Allein der hierauf folgende entscheidende Fehlschluß des Beklagten ist der, daß, weil die Berechtigungen der Gemeindeglieder an dem Rechte der Gemeinde öffentlichrechtlicher Art seien, nun auch dieses Recht der Gemeinde selbst, also ihr Rechtsverhältnis zu dem Gegenstande, an welchem es besteht, öffentlichrechtlicher Art sein müsse. Diese Schlußfolgerung ist irrig. Die rechtliche Natur dieses Rechtes hat mit den daran bestehenden Rechten der Gemeindeglieder nichts zu thun; es muß für sich allein untersucht und aus dem

Verhältnisse zu der Person, der gegenüber, oder zu dem Gegenstande, an dem es begründet ist, bestimmt werden. Das bedarf keiner weiteren Ausführung. Es giebt oder gab früher — es ist vielfach im Laufe der Zeit solches Gemeindegliedervermögen in Kämmereivermögen verwandelt worden — zahlreiche Holzgerechtsame von Gemeinden in fremden Forsten, die zwar rein öffentlichrechtlichen Gemeindegliederberechtigungen unterlagen, selbst aber ihrer Substanz nach rein privatrechtlicher Natur waren.

Ist hiernach die bei diesem Punkte für die Entscheidung der vorliegenden Sache allein maßgebliche Frage dahin zu stellen, welcher Art das Fischereirecht der Gemeinden aus § 6 ist, so kann die Antwort hierauf nicht zweifelhaft sein. Es trägt alle Kennzeichen des Privatrechtes an sich; es stellt sich nämlich dar als ein — wohl mit seltenen Ausnahmen — an einer öffentlichen, nicht im Eigentum der Gemeinde stehenden Sache begründetes nutzbares Vermögensrecht, dessen Aufkünfte demgemäß in den Gemeindehaushalt fließen. Weshalb solches Recht nicht dem Privatrechte, sondern dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören sollte, ist nicht erkennbar. Daß die Sache, an der es besteht, in der Regel eine öffentliche ist, bildet, wie kaum erwähnt zu werden braucht, kein Hindernis für die Annahme des privatrechtlichen Charakters, und daß die Beschränkungen in der Art der Nutzung, denen die Gemeinden im § 8 des Fischereigesetzes unterworfen sind, seinem Wesen einen öffentlichrechtlichen Stempel aufzudrücken ebenfalls nicht fähig sind, zeigt das Beispiel des Jagdrechts, welches ungeachtet seiner jedem Zweifel entrückten privatrechtlichen Natur in ähnlicher Weise Einschränkungen in der Art seiner Nutzung unterliegt.

Ist das Recht aus § 6 ein Privatrecht, so muß dies auch von dem Rechte aus § 7 gelten; denn beide Rechte sind, wie schon oben kurz bemerkt, im wesentlichen gleicher Art. Allerdings ist dies nicht ausdrücklich im Gesetze erklärt; allein es ergiebt sich aus der Natur der Dinge und der Behandlung beider Rechte im Gesetze und in dessen Begründung.

Auch dieses Recht ist nämlich ein nutzbares Vermögensrecht der Gemeinde an einer fremden und öffentlichen Sache, dessen Aufkünfte der Gemeindekasse zufließen. Weder aus dem Bereiche des öffentlichen Rechts noch dem des Privatrechts läßt sich auch in Bezug auf diese Berechtigung irgend ein Grund dafür entnehmen, daß sie dem ersteren

und nicht dem letzteren Gebiete zuzurechnen sei. Daß dieses Recht neu geschaffen ist, während dasjenige aus § 6 schon bestand, giebt keine Handhabe für eine rechtliche Unterscheidung dieses Inhaltes, und ebensowenig kann eine solche darauf gestützt werden, daß es seine Entstehung allgemeinen öffentlichen, landeskulturellen Interessen verdankt. Auch die Änderung in der Ausübung des im § 6 behandelten Rechtes ist auf gleichen Anlaß zurückzuführen, ohne daß hierdurch dessen Natur berührt würde. Es kann der Schluß nicht anerkannt werden, daß, weil das Recht seinen Ursprung in Interessen der Allgemeinheit findet, es in seiner ganzen rechtlichen Struktur durch diese Herkunft bestimmt werde. Es giebt eine Anzahl von Rechten, wie beispielsweise das für das Gebiet des französischen und preußischen Rechts von dem Reichsgerichte in fester Rechtsprechung anerkannte servitutarische Recht der Hauseigentümer an den städtischen Straßen, welche, obgleich sie dem Boden öffentlichrechtlicher Beziehungen entsprossen sind, dennoch das Gepräge des Privatrechts tragen. Im gegenwärtigen Falle sollte und mußte in dem öffentlichen Interesse der Erhaltung und Förderung der Fischerei die wilde Fischerei, die von jeder beliebigen Person aus dem Publikum ausgeübt werden konnte und schonungslos ohne alle Rücksicht auf den Bestand der Fischerei und deren Zukunft ausgeübt wurde, beseitigt werden.

Es handelte sich darum, anstatt dessen die Berechtigung zur Fischerei in die Hände solcher Träger zu legen, „denen", wie die Motive (zu § 6) sagen, „das eigene Interesse die Sorge für die Erhaltung des Fischbestandes auferlegte". Als solche boten sich als vorzugsweise geeignet die Gemeinden dar, zumal da auf diese Weise auch, was dringend erwünscht war, die Fischerei in zusammenhängenden Fischwässern von längerer Erstreckung in den Besitz nur eines oder weniger Berechtigten gelangte. Das öffentliche Interesse bethätigte sich nun darin, daß den Gemeinden eben wegen der Aussicht, welche sie als Träger der Berechtigung auf pflegliche Behandlung der Fischerei gewährten, das Recht zur Fischerei verliehen wurde. Soweit der Gesetzgeber es für erforderlich erachtete, daß das öffentliche Interesse über diesen Akt der Verleihung hinaus auch noch in die Handhabung des neuen Rechtes seitens der Gemeinde hineingreife, ist solches durch die Bestimmungen im § 8 — die übrigens auch für die Fischereiberechtigungen des § 6 gelten —, betreffend die Art der Nutzung, der

Verpachtung ꝛc, geschehen. Im übrigen wurde das öffentliche Interesse in Ansehung einer richtigen Ausübung dieser neuen Berechtigungen dadurch für genügend gewahrt erachtet, daß das eigene Interesse, das heißt das eigene private Vermögensinteresse der Gemeinden für diese ein ausreichendes Motiv zu einer wirtschaftlich zweckmäßigen und damit von selbst den Interessen der Allgemeinheit dienenden Handhabung der neuen Berechtigung bilden werde. Der Herkunft dieser Berechtigung hat endlich der Gesetzgeber in einer besonderen Bestimmung Rechnung getragen, nämlich in derjenigen des § 32 Abss. 1 und 2, welche besagt, daß zu (Laich- und Fisch-)Schonrevieren vorzugsweise solche Strecken der Gewässer erklärt werden sollen, in denen die Gemeinden auf Grund des § 7 fischereiberechtigt sind, sowie daß den Gemeinden in solchem Falle für die entzogene Ausübung der Fischerei keine Entschädigung zu gewähren ist. Diese Vorschriften finden ihre Erklärung und Rechtfertigung darin, daß den Gemeinden mit der neuen Berechtigung gewissermaßen ein Geschenk gemacht wurde, das zugleich mit der Übertragung selbstverständlich beliebigen Einschränkungen unterworfen werden konnte, und daß, wenn der leitende Grund für die Übertragung auf die Gemeinden lediglich das öffentliche Interesse an der Erhaltung und Hebung der Fischerei war, dieses Interesse sich gegenüber der neuen Berechtigung dann vornehmlich wirksam zeigen mußte, wenn es sich um besondere Maßnahmen zum Schutze und zur Schonung der Fischerei handelte, also um solche Zwecke, um derentwillen die Verleihung des Rechtes eben gerade an die Gemeinden geschehen war. Hiernach giebt der Gegensatz, in welchem in diesem von dem Gesetzgeber besonders behandelten Falle die Berechtigung aus § 7 zu derjenigen aus § 6 tritt, — für diese wird eine Entschädigung nicht versagt, falls das ihr unterliegende Gewässer zu einem Schonrevier erklärt wird, — keinen Grund dafür ab, lediglich deswegen anzunehmen, daß zwischen beiden der tiefgreifende Unterschied privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Berechtigung bestehe, ein Unterschied, der auch sonst nirgends hervortritt. Daß der § 6 sich auf Binnen- und Küstengewässer, der § 7 nur auf erstere bezieht, kann in Bezug auf die rechtliche Natur beider selbstverständlich nicht in Betracht kommen, ganz abgesehen davon, daß, wie die Motive zu § 6 selbst sagen, eine Berechtigung aus § 6 in Ansehung von Küstengewässern wohl kaum irgendwo vorhanden sein wird.

Aus allen diesen Erwägungen muß in Übereinstimmung mit dem Berufungsrichter angenommen werden, daß auch die durch § 7 den Gemeinden verliehene Berechtigung privatrechtlicher Art ist. Damit ist die wichtigste Grundlage der Entscheidung gewonnen; denn bezüglich aller übrigen Punkte können ernstlich rechtliche Zweifel nicht aufgeworfen werden, soweit es sich um das Ergebnis der Entscheidung handelt.

Zunächst fällt mit jenem Ergebnisse die Ausführung der Revision, daß, weil die Berechtigung des § 7 dem öffentlichen Rechte angehöre, mit dem Aufhören der Existenz des öffentlichen Flusses auch das öffentliche Recht daran entschädigungslos beseitigt sei.

Sodann ist — in Übereinstimmung mit der in mehreren Urteilen des III. Civilsenates des Reichsgerichtes,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 41 S. 142 und 191,

sowie auch in einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für Bayern,

Seuffert's Archiv Bd. 53 Nr. 242 S. 442,

vertretenen Anschauung und bezeugten Rechtsprechung — dem Berufungsgerichte lediglich beizupflichten, wenn es sagt, es bestehe im Gebiete des gemeinen Rechts der Grundsatz, — der der Bestimmung im § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht entspricht, — daß auch, abgesehen von den Fällen der Enteignung, der Staat dann zur Entschädigung verpflichtet sei, wenn eine Verwaltungsbehörde auf Grund einer ihr gesetzlich zustehenden Befugnis im Interesse des öffentlichen Wohles in private dingliche Rechte eingreife und diesem Eingriffe nicht widersprochen werden könne.

Daß im vorliegenden Falle ein Eingriff einer Verwaltungsbehörde, nicht etwa ein solcher des Gesetzgebers selbst vorliegt, hat das Berufungsgericht treffend dargelegt. Wie dabei das staatsrechtliche Verhältnis aufzufassen ist, mag freilich erheblichen Zweifeln unterworfen sein. Das Berufungsgericht meint, an den im preußischen Staatsgebiete befindlichen öffentlichen Flüssen, demnach auch an der Gieselau, stehe das Hoheitsrecht allein dem preußischen Staate zu, und die Maßnahmen, die das Deutsche Reich an diesem öffentlichen Flusse durch Änderung und Beseitigung seines Laufes getroffen hat, habe es mit Genehmigung des preußischen Staates als des Inhabers des Hoheitsrechtes vorgenommen. Es wird nun aber in der Rechtslehre der Satz aufgestellt,

vgl. beispielsweise Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs 3. Aufl. Bd. 1 S. 53. 73. 165. 167 ꝛc,

daß das Reichsgebiet der Gebietshoheit des Deutschen Reiches insoweit unmittelbar unterworfen sei, als die Hoheitsrechte der Einzelstaaten auf das Reich übergegangen seien. Hiernach würde sich fragen, welche Bedeutung es hat, wenn im Art. 4 Nr. 8 der Reichsverfassung die Herstellung von Wasserstraßen im Interesse der Landesverteidigung und des allgemeinen Verkehres für einen Gegenstand der Beaufsichtigung und der Gesetzgebung des Reiches erklärt ist, und das Reich durch das Gesetz vom 16. März 1886 hinsichtlich der Erbauung des Kaiser-Wilhelm-Kanals von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht hat. Ob es nicht in der staatsrechtlichen Tragweite dieses Aktes gelegen ist, daß das Deutsche Reich dadurch unmittelbar die aus der Gebietshoheit entfließende öffentliche Machtbefugnis gewann, über die von der Anlage des Kanales berührten öffentlichen Gewässer Bestimmung zu treffen, ohne daß es dazu noch erst einer — übrigens, soweit bekannt, ausdrücklich wohl auch nicht erteilten — Genehmigung des preußischen Staates als Inhabers der Gebietshoheit bedurfte, wird einer verschiedenen Beurteilung unterliegen können. Allein es bedarf einer Lösung dieser Frage für den vorliegenden Fall nicht. Mag sie in diesem oder jenem Sinne beantwortet werden, es bleibt unter allen Umständen bestehen, daß das Reich durch eine Maßnahme der Verwaltung fremde private Rechte verletzt hat und dafür entschädigungspflichtig ist. Daß hierbei in Ausübung von Hoheitsrechten, eigenen oder, wie die Revision meint, mandatsweise überlassenen, gehandelt ist, hebt selbstverständlich die Entschädigungspflicht nicht auf, sondern begründet sie gerade; denn eben deswegen konnte ihrer Vornahme wirksam nicht widersprochen werden." . . .

---

58. Wie muß der Besitz eines Dritten an dem sog. thatsächlichen Zubehör beschaffen sein, wenn er bewirken soll, daß letzteres vom Zuschlage nicht mitergriffen wird?

V. Civilsenat. Urt. v. 8. Juni 1901 i. S. U. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. V. 113/01.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

In einer gegen den Brauereidirektor Johann E. in B. durchgeführten Zwangsversteigerung sind Grundstücke, die auf dessen Namen im Grundbuche eingetragen waren, dem Kläger durch Zuschlagsurteil vom 11. Oktober 1899 zugeschlagen worden. Auf ihnen betrieb die offene Handelsgesellschaft E. & Co., Schloßbrauerei zu B., als deren Inhaber im Handelsregister die nicht in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute Brauereidirektor Johann E. und Louise geb. B. in B. eingetragen sind, eine Brauerei. Zur Zeit, als das Zuschlagsurteil erging, befanden sich auf den Grundstücken eine Anzahl beweglicher Gegenstände (Bottiche, Fässer, Wagen, Pferde ꝛc), welche dem Betriebe der Brauerei dienten. Diese ließ die Beklagte auf Grund eines gegen die in Konkurs geratene Firma E. & Co. vollstreckbaren Urteiles am 14. Dezember 1899 pfänden. Kläger widersprach dieser Pfändung, indem er behauptete, durch das Zuschlagsurteil auch Eigentümer der gepfändeten Gegenstände, die er als Zubehör der Grundstücke in Anspruch nimmt, geworden zu sein. Seine Klage auf Freigabe derselben wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen.

Auf Revision des Klägers wurde aber das Berufungsurteil aufgehoben, und, unter Abänderung des ersten Urteiles, nach dem Klagantrage erkannt aus folgenden

Gründen:

„Mit dem Berufungsrichter ist davon auszugehen, daß die durch den Zuschlag betroffenen Grundstücke, deren eingetragener Eigentümer Johann E. war, dadurch, daß sie früher von ihm in die offene Handelsgesellschaft E. & Co. eingebracht worden sein sollen, nicht in deren Eigentum übergegangen sind. Denn Inhaber der Handelsgesellschaft waren die E.'schen Eheleute; der Fall liegt also nicht so, wie der in dem Urteile des Reichsgerichtes vom 23. Oktober 1893 (Gruchot, Beiträge Bd. 38 S. 1061) entschiedene, für welchen der IV. Civilsenat des Reichsgerichtes — allerdings nicht ohne Widerspruch; vgl. Jahrb. für Entsch. des Kammerger. Bd. 17 S. 44 — angenommen hat, daß es außer der Einbringung einer Auflassung an die Handelsgesellschaft und deren Eintragung als Eigentümerin nicht bedürfe.

Abzuweisen ist daher die Unterstellung, von welcher der Kläger auszugehen scheint, und die auch bei Begründung der Revision wieder hervorgetreten ist, als ob das Brauereiinventar und die Grundstücke demselben Eigentümer gehört haben; dies war nicht der Fall. Die Grundstücke gehörten dem Subhastaten Johann E., und das Brauereiinventar war, soviel zu ersehen, Eigentum der die Brauerei betreibenden Gesellschaft. Dies ist aber für die Frage, ob der Ersteher nicht trotzdem durch den Zuschlag Eigentum auch an dem Inventar erworben habe, nicht ausschlaggebend, wie bereits das Berufungsgericht im Gegensatze zum ersten Richter zutreffend erwogen hat. Da in dieser Beziehung die Judikatur des Reichsgerichtes eine feststehende ist, und neue Gesichtspunkte, die zu einer nochmaligen Prüfung der Frage Veranlassung geben könnten, im gegenwärtigen Verfahren nicht geltend gemacht worden sind, erübrigt es sich, hierauf genauer einzugehen.

Das Bedenken des Berufungsrichters liegt auf einer anderen Seite. Er verkennt nicht, daß in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, nach welcher auch das sog. thatsächliche Zubehör vom Zuschlage ergriffen und dem Ersteher mit zugeschlagen wird,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 S. 255, Bd. 19 S. 321, Bd. 39 S. 292; Gruchot, Beiträge Bd. 34 S. 1105,

auch das Verkehrsbedürfnis in Betracht gezogen worden ist, mit dem es nicht vereinbar wäre, wenn der Bieter erst durch Nachforschungen und Erkundigungen feststellen müßte, ob die auf dem Grundstücke thatsächlich vorhandenen Zubehörstücke, die als solche nach ihrer Natur und wirtschaftlichen Bestimmung erkennbar sind, auch rechtlich als Zubehör des Grundstückes gelten können. Aber er meint, die eine Voraussetzung sei doch festzuhalten, daß der Subhastat sich im Besitze des thatsächlichen Zubehörs befinden müsse, und gerade an dieser Voraussetzung fehle es hier, da nicht Johann E., sondern die Firma E. & Co. im Besitze des Brauereiinventars gewesen sei.

In dieser Allgemeinheit ist der Entscheidungsgrund unrichtig; er bedarf der Einschränkung dahin, daß auch ein Besitzverhältnis, durch welches die Wirkung des Zuschlages auf das sog. thatsächliche Zubehör ausgeschlossen werden soll, erkennbar in die Erscheinung treten muß. An sich ist es richtig, daß der Zuschlag auf Zubehörstücke, die sich nicht im Besitze des Subhastaten befinden, nicht be-

zogen werden kann. Denn wenn das Grundstück so ausgeboten und so zugeschlagen werden soll, wie es sich thatsächlich darstellt, so muß auch der Umstand, daß nicht der Subhastat, sondern ein Dritter die auf dem Grundstück vorhandenen Gegenstände besitzt, die an sich Zubehör sein könnten, von den Bietern beachtet werden. Das Reichsgericht hat dies wiederholt und namentlich in Beziehung auf Pächter anerkannt, die sich im Besitze des Grundstückes befinden.

Vgl. die Entsch. des erkennenden Senates vom 27. November 1889 und 22. Mai 1895 in Gruchot's Beiträgen Bd. 34 S. 1110 und Bd. 39 S. 1050.

Auch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 27. März 1897 bezieht in § 55 Abs. 2 ausdrücklich die Versteigerung nur auf diejenigen Zubehörstücke, „die sich im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden". Soll aber durch den Besitz eines Dritten die thatsächliche Zubehöreigenschaft dem Bieter gegenüber ausgeschlossen werden, so müssen auch diese beiden einander ausschließenden Umstände gleichmäßig erkennbar sein. Die Sache darf nicht so liegen, daß der Besitz des Dritten durch die bestehenden und in die äußere Erscheinung tretenden Umstände verdeckt wird. So aber liegt die Sache hier; Johann E., der Subhastat, war Brauereidirektor; er war zugleich Mitinhaber der die Brauerei betreibenden Gesellschaft. Dafür, daß in irgend welcher Weise ein Besitzverhältnis der Gesellschaft im Gegensatze zu der wahrnehmbaren Thatsache, daß Johann E. die Grundstücke besaß und den Brauereibetrieb leitete, erkennbar gewesen wäre, ist von der Beklagten nichts angeführt worden. Für die Bieter bestand daher keine Veranlassung, hinter den von ihnen wahrnehmbaren Zustand zurückzugreifen und erst noch festzustellen, ob das, was äußerlich als ein Besitzverhältnis des Johann E. in die Erscheinung trat, sich auch rechtlich als solches charakterisierte. Sie durften dies, da nichts für das Gegenteil sprach, ohne weiteres annehmen und durften erwarten, daß, wenn es anders sein sollte, der Dritte seine Rechte der ergangenen Aufforderung gemäß (§ 40 Nr. 9 des Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 13. Juli 1883) geltend gemacht haben würde. In Ermangelung einer solchen Geltendmachung hat daher der Zuschlag auch das thatsächliche Zubehör ergriffen, und da zu ihm, wie nicht streitig

ist, das von der Beklagten in Pfändung genommene Brauereiinventar, wie solches in dem Protokolle des Gerichtsvollziehers vom 14. Dezember 1899 verzeichnet ist, gehört, so hat der Kläger auch dieses durch den Zuschlag erworben." . . .

---

59. Befreit im Enteignungsverfahren die Hinterlegung der vorläufig festgestellten Entschädigungssumme den Unternehmer von der (vereinbarten) Pflicht zur Verzinsung derselben überhaupt oder wenigstens nach erfolgter Dringlichkeitserklärung?
Preuß. Enteignungsgesetz §§ 32. 34. 37.

VII. Civilsenat. Urt. v. 18. Juni 1901 i. S. Gräfin v. A. (Kl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. VII. 157/01.

I. Landgericht Thorn.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die Klägerin überließ dem preußischen Eisenbahnfiskus im Jahre 1892 Besitz und Benutzung der zum Bau einer Eisenbahn nötigen Teile ihres Fideikommißgutes, wobei spätere Enteignung vorbehalten und 5 prozentige Verzinsung der Entschädigungssumme vom Tage der Besitzübertragung an vereinbart wurde. Im Enteignungsverfahren wurde die Entschädigung durch Beschluß des Bezirksausschusses vom 27. September 1895 auf 102923 ℳ festgesetzt, welchen Betrag der Beklagte am 15. Oktober 1895, vorbehaltlich der Rückforderung im Falle gerichtlicher Herabsetzung, hinterlegte. Beide Parteien fochten sodann die Entschädigungsfestsetzung im Rechtswege an. Während des Prozesses ist die Enteignung auf Grund eines vom Bezirksausschusse am 22. September 1896 erlassenen Dringlichkeitsbeschlusses erfolgt. Die Entschädigung wurde durch Vergleich auf 124000 ℳ endgültig festgesetzt, die Frage aber, ob aus den hinterlegten 102923 ℳ für die Zeit nach der Hinterlegung Zinsen fortzuzahlen seien, durch Urteil entschieden. Das die Frage verneinende Urteil des Berufungsgerichtes wurde in der Revisionsinstanz teilweise aufgehoben.

Gründe:

„Der Rechtsstreit dreht sich ausschließlich um die Frage, ob von der durch den Beschluß des Bezirksausschusses festgestellten, am

15. Oktober 1895 hinterlegten, jedoch nur einen Teil der endgültig festgesetzten Entschädigung bildenden Summe von 102 923,25 ℳ der Beklagte auch noch weiterhin, bis zur Zahlung oder Hinterlegung des Restes der Entschädigung, die vertragsmäßigen Zinsen zu zahlen verpflichtet sei, oder nicht, mit anderen Worten: ob die noch vor Erledigung des Rechtsweges geschehene Hinterlegung der vorläufig festgestellten Entschädigungssumme als Zahlung wirkt. Die letztere Frage ist im vorliegenden Falle für die Zeit vom 24. September 1896 an — an welchem Tage der Dringlichkeitsbeschluß des Bezirksausschusses vom 22. September 1896 der Klägerin zugestellt ist — zu bejahen, für die vorhergehende Zeit zu verneinen.

Der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung vom 28. September 1900, Rep. VII. 135/00, für die gewöhnlichen, nicht für dringlich erklärten Enteignungsfälle die Frage gerade entgegengesetzt beantwortet, dabei aber dahingestellt gelassen, ob nicht im Dringlichkeitsverfahren anders zu entscheiden wäre. Um einen Fall letzterer Art handelt es sich hier. Mit dem Berufungsgerichte ist nun rechtsgrundsätzlich davon auszugehen, daß nach Erlassung eines nicht mehr anfechtbaren Dringlichkeitsbeschlusses (§ 34 des Enteignungsgesetzes) die in § 34 angeordnete Zahlung oder Hinterlegung der vom Bezirksausschusse festgestellten Entschädigungssumme dieselbe Wirkung haben muß, wie die Zahlung oder Hinterlegung der endgültig festgesetzten Summe in den Fällen des § 32 des Gesetzes. Dies folgt mit rechtlicher Notwendigkeit aus dem vom Gesetze geordneten Gange des Verfahrens. In der Regel (§ 32) darf die Enteignung erst erfolgen, wenn der nach § 30 vorbehaltene Rechtsweg dem Unternehmer gegenüber erledigt ist; in dringlichen Fällen (§ 34) kann angeordnet werden, daß die Enteignung noch vor Erledigung des Rechtsweges erfolgen solle; im einen wie im anderen Falle ist aber die vorgängige Zahlung oder Hinterlegung hier der vorläufig, dort der endgültig festgesetzten Entschädigungssumme nachzuweisen. Die Entscheidung darüber, ob zu zahlen, oder zu hinterlegen ist, richtet sich in beiden Fällen ausschließlich nach § 37 des Gesetzes. Faßt man nun zunächst den Fall ins Auge, daß der Unternehmer die Barzahlung nachzuweisen hat, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß dem aus § 34 folgenden Rechte des Unternehmers zu vorzeitiger Zahlung die Verpflichtung des Empfangsberechtigten zur Annahme der Zahlung zur Seite stehen muß; denn

sonst hätte es der letztere in der Hand, durch Verweigerung der Annahme die Enteignung vor Erledigung des Rechtsweges, die doch, wenn ihre Voraussetzungen vorhanden und anerkannt sind, ein Recht des Unternehmers ist, jederzeit zu vereiteln; das Gesetz kann aber nicht die Absicht haben, dem Unternehmer ein Recht zu verleihen und es ihm im gleichen Satze wieder zu entziehen.

Durch die Ablehnung der angebotenen Barzahlung würde demnach der Empfangsberechtigte zweifellos in Annahmeverzug geraten; der Unternehmer wäre zur öffentlichen Hinterlegung wegen Verzugs des Gläubigers befugt und könnte sich durch die Hinterlegung von der Fortzahlung bedungener Zinsen befreien. Die gleichen Folgen muß aber auch die auf Grund des § 37 geschehende unmittelbare Hinterlegung haben, da das Gesetz unter den in § 37 aufgestellten Voraussetzungen den Unternehmer *verpflichtet*, nicht zu zahlen, sondern zu hinterlegen.

Die angegebenen Folgen der Zahlung müssen auch eintreten, wenn der Unternehmer bei der Zahlung sich vorbehält, das Gezahlte demnächst insoweit zurückzufordern, als auf seine eigene Klage die Entschädigung im Rechtswege herabgesetzt werden sollte. Denn durch den Antrag auf Dringlichkeitserklärung wird das Recht des Unternehmers, die Entschädigungsfeststellung des Bezirksausschusses auch seinerseits im Rechtswege anzufechten, nicht berührt; er muß also bei der Zahlung den entsprechenden Vorbehalt machen, um zu verhindern, daß die Zahlung, als vorbehaltlos geschehen, mit der Wirkung angesehen werde, seine eigene Klage auf Herabsetzung der Entschädigung hinfällig zu machen, und der Gläubiger muß sich diesen Vorbehalt bei der Zahlung gefallen lassen. Daraus folgt, daß der Unternehmer befugt ist, *diesen* Vorbehalt auch der Hinterlegung der Entschädigungssumme ohne Nachteil beizufügen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 30 S. 168.

Aber *nur* diesen Vorbehalt. Dagegen ist der Hinterlegende nicht befugt, zu seiner eigenen Sicherheit mit der Weisung zu hinterlegen, daß die Auszahlung erst nach Erledigung des Rechtsweges oder erst nach nochmaliger Einvernahme und Zustimmung des Hinterlegers stattfinden dürfe. Eine derart eingeschränkte Hinterlegung könnte, auch wenn sie von der Verwaltungsbehörde als genügender Nachweis der in § 33 geforderten Hinterlegung erachtet werden sollte, befreiende

Wirkung nicht beanspruchen; sie stände einem Zahlungsangebote gleich, bei dem der Anbietende den Empfänger an der sofortigen Besitzergreifung der aufgezählten Summe verhindern wollte, also einem gerade des wesentlichsten Merkmales der Zahlung ermangelnden und deshalb wirkungslosen Zahlungsangebote. Die aus diesen Erwägungen entnommenen Bedenken der Klägerin sind indes aus dem Grunde hinfällig, weil der Beklagte, wie der Berufungsrichter aus seiner (des Beklagten) der Klägerin gegenüber abgegebenen Erläuterung der Hinterlegungserklärung einwandfrei feststellt, der Hinterlegung einen weitergehenden Vorbehalt als den vorstehend für nötig und zulässig erklärten nicht beigefügt hat.

Die vorstehenden Erörterungen gehen zunächst von dem Falle aus, daß der Unternehmer erst nach erklärter Dringlichkeit zur Hinterlegung schreitet. Im vorliegenden Streitfalle ist die Hinterlegung schon vorher zu einer Zeit erfolgt, wo sie, wie noch darzulegen, zeitlich unrechtmäßig war. Es kann sich fragen, ob sich die zeitlich ungerechtfertigte Hinterlegung mit der Dringlichkeitserklärung von selbst in eine rechtmäßige umwandelt, oder ob es hierzu noch einer besonderen Erklärung des Unternehmers bedarf, durch die auf den von ihm gewollten Zusammenhang zwischen Hinterlegung und Dringlichkeit hingewiesen wird. Das Revisionsgericht verneint die Notwendigkeit solcher Erklärung. Wenn die Hinterlegung auch nicht als Zahlung wirkt, so enthält sie doch ein fortdauerndes, ununterbrochenes Zahlungsangebot, das der Empfangsberechtigte zwar nicht annehmen muß, aber jeden Augenblick annehmen kann. Die Summe ist zu seiner (und der beteiligten Drittberechtigten) freien Verfügung hinterlegt. Sobald sich der die Hinterlegung veranlassende Thatbestand dergestalt ändert, daß der, für den hinterlegt ist, zur Annahme verpflichtet ist, richtet sich das fortdauernde Zahlungsangebot an einen zur Annahme Verpflichteten und muß deshalb auch die Wirkung eines solchen haben. Dies kann aber erst von dem Zeitpunkte an gelten, in dem der Annahmeverpflichtete von der geänderten Sachlage Kenntnis erhält, das ist hier von der Zustellung des Dringlichkeitsbeschlusses an, die am 24. September 1896 erfolgt ist.

Aus alledem ergiebt sich, daß der Beklagte vom 24. September 1896 an zur weiteren Verzinsung des hinterlegten Betrages nicht verpflichtet ist; insoweit ist demnach der Entscheidung des Berufungs-

gerichtes beizutreten. Soweit es sich dagegen um die Zinsen auf die Zeit von der Hinterlegung bis zur Dringlichkeitserklärung handelt, ist die Revision begründet. Zur Zeit der Hinterlegung war dieselbe zwar unstreitig rechtmäßig im Sinne des § 37 des Enteignungsgesetzes, sie war aber zeitlich ungerechtfertigt, und es gilt für sie alles, was über diesen Punkt in der oben angeführten Entscheidung dieses Senates vom 28. September 1900 (Jur. Wochenschr. S. 768 Nr. 5) gesagt ist. Der Beklagte hat zwar darzulegen versucht, daß der Dringlichkeitsbeschluß auf die Hinterlegung zurückwirken müsse, da er die Dringlichkeit nicht erst schaffe, sondern nur die von Anfang an vorhandene zur Anerkennung bringe. Allein dieser Gesichtspunkt ist nicht entscheidend. Das ausnahmsweise Recht des Unternehmers zu vorzeitiger Zahlung oder Hinterlegung steht in untrennbarem Zusammenhange mit dem Rechte, die vorzeitige Enteignung herbeizuführen. Das erstere ist vom letzteren abhängig. Die vorzeitige Enteignung ist aber nicht möglich ohne vorgängigen die Dringlichkeit aussprechenden Beschluß, wie sich aus § 35 des Gesetzes unzweifelhaft ergiebt.

Anderseits ist die Meinung der Klägerin zurückzuweisen, daß ein Fall der Dringlichkeit nach Lage der Sache gar nicht gegeben, und deshalb der Beklagte zur Hinterlegung nicht befugt gewesen sei. Ob die Enteignung dringlich sei, hat die im § 34 des Enteignungsgesetzes (im Zusammenhalt mit dem § 150 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883) bezeichnete Behörde zu entscheiden, gegen deren Entscheidung die Beschwerde an die Ministerialinstanz offen steht. Die Entscheidung dieser Behörden ist für die Gerichte bindend; sie haben nicht nachzuprüfen, ob der erlassene Beschluß sachlich gerechtfertigt war. Insoweit das Berufungsgericht der Klägerin die Zinsen schon vom 15. Oktober 1895 an bis zum 24. September 1896 aberkannt hat, war demnach das Berufungsurteil aufzuheben." ...

---

60. Entscheidet bei der Kollision zweier im Sinne des § 24 Allg. Berggef. an sich bevorrechteter Mutungen das Alter des Fundes, oder das Alter der Mutung?

V. Civilsenat. Urt. v. 19. Juni 1901 i. S. der Schutzbohrgemeingemeinschaft der vereinigten Kaliwerke u. Gen. (Bekl.) w. die Mansfeld'sche kupferschieferbauende Gewerkschaft (Kl.). Rep. V. 71/01.

I. Landgericht Halle a. S.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Die Parteien haben in vorschriftsmäßiger Schürfarbeit auf Steinsalz gebohrt und sind am gleichen Tage, den 24. April 1897, fündig geworden, und zwar nach Feststellung der Bergbehörde und des Berufungsrichters die Klägerin einige Stunden früher, als die Beklagten. Schon am folgenden Tage legten beide Parteien auf Grund ihrer Funde bei der zuständigen Bergbehörde Mutung ein, wobei die Mutung der Beklagten „Salzbergwerk Seeburg" ein um 5 Minuten früheres Präsentatum als die Mutung der Klägerin „Ernsthall F. bei Wansleben" erhielt. Beide Mutungen kollidieren miteinander, insofern die beiderseits begehrten Felder auf einer Fläche von 717825 Quadratmeter zusammenfallen, und die Mutung der Beklagten den Fundpunkt der Klägerin überdeckt. Das Oberbergamt Halle erteilte der Klägerin die nachgesuchte Verleihung unter Zurückweisung des dagegen seitens der Beklagten erhobenen Einspruches; auf die Rekursbeschwerde der letzteren wurde dieser Beschluß aufgehoben, die Steinsalzmutung „Ernsthall F. bei Wansleben" als von Anfang an ungültig erklärt, und die Angelegenheit zur Fortsetzung der Instruktion der Mutung der Beklagten an das Oberbergamt Halle zurückverwiesen.

Die Verschiedenheit dieser Entscheidungen beruht darauf, daß das Oberbergamt die Priorität des Fundes, der Minister aber die Priorität der Mutung für maßgebend erachtet.

Die von der Klägerin in der gesetzlichen Frist (§ 31 Abs. 2) angestellte Klage wies der erste Richter ab, indem er in Übereinstimmung mit der obersten Bergbehörde annahm, daß die Klägerin der älteren Mutung der Beklagten weichen müsse. Dagegen trat der Berufungsrichter der Meinung des Oberbergamtes bei und erkannte zu Gunsten der klägerischen Mutung.

Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung hängt von der Beantwortung der bisher von der Rechtsprechung noch nicht entschiedenen Frage ab, ob bei Konkurrenz zweier im Sinne des § 24 Allg. Berggef. an sich bevorrechtigten Muter derjenige, der zuerst gefunden, oder nach § 25 a. a. O. derjenige, der zuerst gemutet hat, dem anderen vorgeht.

Das Oberbergamt und mit ihm das Oberlandesgericht haben die Frage zu Gunsten des ersten Finders, der Handelsminister als oberste Bergbehörde und das Landgericht zu Gunsten des älteren Muters beantwortet.

Ebenso gehen die Meinungen der Rechtslehrer und Kommentatoren auseinander. Brassert spricht sich (Bem. 3 Abs. 4 zu § 24) dahin aus, daß in Fällen, wo bevorrechtigte Finder untereinander konkurrieren, das bessere Recht lediglich von dem Alter der Mutung abhänge, gleichgültig ob die Konkurrenten gleichzeitig, oder nacheinander fündig geworden sind. Ihm folgt Fürst in Klostermann's Kommentar 5. Aufl. Bem. 1 zu § 25 S. 73. Auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen (namentlich bei Erörterung des analogen Falles der Konkurrenz gleichzeitiger bevorrechteter Funde) Klostermann selbst (Anm. 57); Achenbach, Deutsches Bergrecht S. 390; Oppenhoff, Berggesetz Anm. 200 S. 47; Huyssen, Kommentar zum Allgemeinen Berggesetze S. 24; Wachler, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 15 S. 314; Arndt, A.B.G. Bem. 5 zu § 24 und Deutsche Juristenzeitung von 1901 Nr. 3 S. 63; ebenso Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 Anm. 2 zu § 263, und Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 3 § 168 Anm. 56.

Die bezüglichen Vorschriften des Allgemeinen Berggesetzes lauten:

§ 24.

Wer auf eigenem Grund und Boden oder in seinem eigenen Grubengebäude oder durch Schürfarbeiten, welche nach Vorschrift der §§ 3 bis 10 unternommen worden sind, ein Mineral (§ 1) auf seiner natürlichen Ablagerung entdeckt, hat als Finder das Vorrecht vor anderen, nach dem Zeitpunkte seines Fundes eingelegten Mutungen. Der Finder muß innerhalb einer Woche nach Ablauf des Tages der Entdeckung Mutung einlegen, widrigenfalls sein Vorrecht erlischt.

§ 25.

In allen übrigen Fällen geht die ältere Mutung der jüngeren vor. Das Alter wird durch das Präsentatum der zur Annahme befugten Bergbehörde (§ 12) bestimmt.

Es fragt sich nun zunächst und hauptsächlich: was versteht das Gesetz unter den „anderen", nach dem Zeitpunkte des Fundes eingelegten

Mutungen? woraus sich dann von selbst ergeben muß, was man unter den „allen übrigen Fällen", von denen § 25 spricht, zu verstehen hat.

Die oberste Bergbehörde und mit ihr der erste Richter beziehen die Worte „vor anderen ... Mutungen" nur auf solche Mutungen, denen kein Fund im Sinne des gedachten Paragraphen zu Grunde liegt, wogegen der Berufungsrichter und das Oberbergamt Halle unter den „anderen ... Mutungen" alle Mutungen verstehen, die von anderen Personen nach dem Zeitpunkte des Fundes eingelegt werden, sei es daß ihnen ein Fund im Sinne des § 24 überhaupt nicht, sei es daß ihnen ein späterer Fund, als der in Rede stehende, zu Grunde liegt.

Das Reichsgericht hat sich dieser letzteren Auslegung angeschlossen, die zunächst schon dem Wortlaut des Gesetzes mehr entspricht, als diejenige des Rekursbescheides und des ersten Richters, da diese in die Worte vor „anderen, nach dem Zeitpunkte seines Fundes eingelegten Mutungen" eine Unterscheidung hineinlegt, die in den Worten selbst nicht zum Ausdruck gelangt ist. Dagegen konnte freilich dem Argument des Berufungsrichters nicht beigepflichtet werden, welches dieser aus dem Wort „entdeckt" im § 24 herleitet, indem er zwischen Entdecken und Fündigwerden unterscheidet und über den Begriff des Entdeckens sich dahin ausläßt: nach dem juristischen Sprachgebrauch sei als Entdecker einer Sache immer nur derjenige zu verstehen, der etwas allgemein oder an einer bestimmten Stelle Unbekanntes zuerst auffinde und sich dessen bewußt sei; mit diesem Zeitpunkt . . . sei die Sache entdeckt; wer sie nach diesem Zeitpunkte auffinde, möge er Kenntnis von der Erschließung haben, oder nicht, sei juristisch nicht als ihr Entdecker anzusehen.

Der Berufungsrichter übersieht bei dieser Argumentation, daß als Gegenstand des Fundes nach dem Allgemeinen Berggesetz nicht, wie nach früherem Bergrecht und namentlich auch nach Allgemeinem Landrecht (§ 154 Tl. II Tit. 16) und den Bergordnungen des 18. Jahrhunderts, die Lagerstätte (Gang, Flötz, Stockwerk ꝛc) angesehen wird, sondern das an einem bestimmten Punkte (Fundpunkt) auf seiner natürlichen Ablagerung entdeckte Mineral.

Vgl. Achenbach, Bergrecht S. 390 und 394; Wachler in Brassert's Zeitschrift Bd. 15 S. 307.

Es leuchtet ein, daß danach ein derselben Lagerstätte angehöriges

Mineral an verschiedenen Stellen gleichzeitig oder von verschiedenen Personen nacheinander entdeckt werden kann.

Scheint nun auch im übrigen der Wortlaut des § 24 mehr für die Auslegung des Berufungsrichters zu sprechen, so erscheint doch auch die andere Deutung durch den Wortlaut des Gesetzes nicht ausgeschlossen, und es bedarf daher zur Erforschung des Willens des Gesetzgebers des Zurückgehens auf die Entstehung, den Zweck und Grund des Gesetzes.

Was zunächst die Materialien des Gesetzes betrifft, aus denen beide Teile die Richtigkeit ihrer Auslegung darzuthun versuchen, so enthält der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses (mitgeteilt in Brassert's Zeitschrift Bd. 6 S. 305) zu § 24 des Entwurfes einen Satz, der sehr entschieden dafür spricht, daß man in der Kommission den § 24 in demselben Sinne verstanden hat, wie ihn das Oberbergamt und der Berufungsrichter verstehen. Es heißt dort:

> (Ebenso) unzweifelhaft rangieren diejenigen, welche nacheinander gefunden und innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 24) gemutet haben, nach der Zeit des Fundes, sodaß also der spätere Finder dem ersten weichen muß.

Die Entschiedenheit, mit der dieser Satz ausgesprochen ist, kann nicht dadurch abgeschwächt werden, daß in dem vorhergehenden Satze die Meinung ausgedrückt ist, daß zwischen gleichzeitigen Funden das Alter der Mutung maßgebend sein muß. Man kann nur sagen, daß dieser offenbar auf praktischer Erwägung beruhende Satz nicht die logisch richtige Konsequenz aus dem zweiten, die Regel enthaltenden Satze zieht.

> Vgl. übrigens Hake, Kommentar über das Bergrecht, § 156 lit. b. d, wo die gleiche anscheinende Inkonsequenz vorkommt.

Das Gewicht jenes Ausspruches der Kommission, soweit ein solches den Meinungsäußerungen der einzelnen Organe der Gesetzgebung überhaupt beizulegen ist, wird dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt. Wenn an einer anderen Stelle des Kommissionsberichtes, auf die in dem Rekursbescheid und dem ersten Urteil besonderes Gewicht gelegt ist, gesagt wird, daß der Entwurf in §§ 24 und 25 die Rangordnung unter zwei oder mehreren Mutern nach dem Princip feststelle, daß der Finder demjenigen vorgehe, welcher mutet, ohne seinerseits gefunden zu haben, so wird dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß die

Kommission in dem § 24 des Entwurfes zugleich eine Anerkennung des Rechtes des ersten Finders gefunden und in diesem Sinne ihren Willen durch den erstterwähnten Satz kundgethan hat. Daß dieser mit aller Entschiedenheit ausgesprochene Satz bei den anderen Organen der Gesetzgebung Widerspruch gefunden hätte, erhellt nicht. Insbesondere setzt sich derselbe nicht in Widerspruch zu den Motiven zu § 24 des Entwurfes, findet vielmehr darin eine wesentliche Unterstützung. Dort (vgl. Brassert, a. a. O. S. 104) heißt es in betreff der Priorität unter konkurrierenden Mutern: „In dieser Beziehung kommt zunächst das Finderrecht ... Recht des ersten Finders in Betracht, welches ... darin besteht, daß der Finder als solcher denjenigen Mutungen vorgeht, welche in der Zeit zwischen seinem Funde und der Einlegung seiner Mutung zur Präsentation gelangten.... Das zweite Erfordernis besteht in der rechtzeitigen Anmeldung des Fundes in der Form der Mutung. Denn wenngleich das Finderrecht auf dem Funde als solchem beruht und seiner Wirkung nach auf den Zeitpunkt des Fundes zurückbezogen werden muß, so ist doch anderseits die Mutung, als diejenige Form erforderlich, in welcher der Finder die Absicht, seinen Fund zu verfolgen und die Verleihung zu erlangen, bergrechtlich kundgeben muß."

Bis hierher ist von den Voraussetzungen, unter welchen der Fund allein das Finderrecht (Erstfinderrecht) gewähren soll (regelrechtes Schürfen, Fund des Grund- oder Bergwerkseigentümers), noch keine Rede; diese Erfordernisse werden erst in den folgenden Sätzen besprochen, sodaß man den oben angeführten Satz, daß der Finder als solcher denjenigen Mutungen vorgehe, welche in der Zeit zwischen seinem Funde und der Einlegung seiner Mutung zur Präsentation gelangen, nicht wohl mit der Einschränkung verstehen kann, daß unter den Mutungen, die der Mutung des (ersten) Finders weichen sollen, nicht alle, sondern nur solche Mutungen gemeint seien, denen ein an sich bevorrechteter Fund nicht zu Grunde liegt. Mit Recht konnte auch der Berufungsrichter auf den Satz in den Motiven zum dritten Abschnitt, „Vom Verleihen", hinweisen: „Kollidierende Muter rangieren in der Weise, daß der jüngere Muter, wenn er im Sinne des Gesetzes Finder ist, auf Grund des „Erstfinderrechtes" dem älteren Muter vorgeht, in allen übrigen Fällen aber die ältere Mutung das Vorrecht vor der jüngeren hat." Auch dieser Satz deutet darauf,

daß man den ersten Finder als solchen gegen jeden, der später fündig geworden ist, hat bevorzugen wollen. Aus dem Umstande, daß in den Motiven zu dem Entwurfe von 1862 an der entsprechenden, sonst gleichlautenden Stelle die Worte: „auf Grund des Erstfinderrechtes", fehlen, kann ein durchschlagender Gegengrund nicht entnommen werden.

Wenn nun auch den in den Motiven und den sonstigen Materialien des Gesetzes enthaltenen Äußerungen eine entscheidende Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes nicht beizumessen ist, so geht doch im vorliegenden Falle insbesondere aus den Motiven soviel klar hervor, daß das von altersher im gemeinen deutschen Bergrecht geltende, in den partikularen Bergordnungen, sowie im Allgemeinen Landrecht anerkannte Finderrecht — „Recht des ersten Finders" — hat aufrecht erhalten werden sollen. Um zu einer sicheren Auslegung des Gesetzes in der hier streitigen Frage zu gelangen, bedarf es daher eines näheren Eingehens auf die Natur und den Inhalt des bergrechtlichen Finderrechtes, wie es früher bestand, und wie es durch die Vorschriften des Allgemeinen Berggesetzes aufrechterhalten bezw. modificiert worden ist. Wie bereits oben bemerkt, war nach früheren Rechten Gegenstand des bergrechtlichen Fundes die Lagerstätte (Gang, Flötz, Stockwerk ꝛc). Die Entdeckung einer solchen hatte die Folge, daß der schürfberechtigte (nach gemeinem Rechte auch der zufällige) Finder „ein Vorzugsrecht auf den Besitz der entdeckten Lagerstätte" erwarb, (resolutiv) bedingt dadurch, daß er innerhalb einer bestimmten Frist eine vorschriftsmäßige Mutung einlegte (Achenbach, a. a. O. S. 378). Wahrte der Finder sich dieses Vorzugsrecht durch rechtzeitige Einlegung der Mutung, so ging diese Mutung allen späteren Findern auf derselben Lagerstätte vor, auch wenn dieselben früher Mutung eingelegt haben sollten. Die entdeckte Lagerstätte blieb zu Gunsten des Erstfinders (wenigstens soweit räumlich das gesetzliche Vorrecht des letzteren reichte) für spätere Funde verschlossen. Mit anderen Worten: zwischen mehreren kollidierenden Findern entschied unbedingt das Alter des Fundes.

Vgl. Achenbach, a. a. O S. 378; Karsten, Grundriß der deutschen Bergrechtslehre § 96; Hake, a. a. O. § 156; Allgemeines Landrecht Tl. II. Tit. 16 § 154 und § 158.

Es kann daher keinem Bedenken unterliegen, daß nach früherem Recht

die Mutung der Klägerin, weil auf dem früheren Funde beruhend, der Mutung der Beklagten vorgehen würde.

Das Allgemeine Berggesetz weicht nun — wie schon oben bemerkt — insofern von dem früheren Rechte ab, als danach nicht mehr wie früher, die Lagerstätte als Gegenstand des Fundes angesehen wird, sondern das an einem bestimmten Punkte (Fundpunkt) auf seiner natürlichen Ablagerung entdeckte Mineral.

Vgl. Achenbach, a. a. O. S. 390 und 394; Brassert, Zeitschrift Bd. 15 S. 307.

Es ergiebt sich hieraus gegen das frühere Recht der Unterschied, daß der spätere Finder nicht schon deshalb zurücktreten muß, weil die von ihm vermeintlich entdeckte Lagerstätte bereits vor ihm von einem Anderen entdeckt war, sein Fund also gewissermaßen gegenstandslos oder, richtiger gesagt, von einem Anderen ihm vorweggenommen war; denn eine Identität des Gegenstandes des Fundes, wie solche nach früherem Recht angenommen werden konnte, liegt nicht vor, wenn jeder der konkurrierenden Funde etwas anderes, nämlich das konkrete an einer bestimmten Stelle entdeckte Mineral, zum Gegenstand hat. Aber dieser Unterschied ändert nichts in der Natur des Finderrechtes und in seiner Wirkung Dritten gegenüber. Wie früher den Anspruch auf Verleihung der Fundgrube, und nach einigen Rechten, z. B. dem Allgemeinen Landrecht, darüber hinaus einer Anzahl von Maßen, so gewinnt jetzt der Finder (formell allerdings nur ein zeitlich begrenztes Vorrecht zum Muten [§ 24 a. a. O.], materiell aber damit zugleich schon) den durch rechtzeitige Mutung geltend zu machenden, Dritten gegenüber ausschließlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentumes in dem nach §§ 27 und 28 a. a. O. zu streckenden Felde. Ebenso, wie früher, charakterisiert sich auch jetzt das Finderrecht als ein im Augenblicke des Fundes erworbenes — durch rechtzeitige Einlegung der Mutung resolutiv bedingtes — Vermögensrecht. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann aber ein erworbenes Recht außer den Fällen positiver Gesetzesvorschrift dem Berechtigten nicht ohne seinen Willen an einen Dritten verloren gehen. Wenn also der Finder zur Wahrung seines Finderrechtes alles gethan hat, was das Gesetz vorschreibt, so kann ihm sein Recht nicht durch einseitige Handlungen eines Dritten, der nach ihm gefunden, aber vor ihm gemutet hat, wieder entzogen werden, sofern das Gesetz nicht etwas anderes

vorſchreibt. Geſtattet im gegebenen Falle der Wortlaut des Geſetzes eine verſchiedene Auslegung, ſo muß dieſe in dem Sinne erfolgen, der den allgemeinen Rechtsgrundſätzen und zugleich dem Rechtszuſtande am beſten entſpricht. Gewiß hat der ſelbſtändige Fund der Beklagten denſelben auch das geſetzliche Finderrecht verſchafft, welches ſogleich wirkſam geworden ſein würde, wenn die Klägerin nicht rechtzeitig gemutet hätte, oder ihre Mutung aus anderen Gründen hinfällig geworden wäre. Bei der Kolliſion zweier Finderrechte aber muß nach der Rechtsregel prior tempore potior iure, die namentlich im Bergrecht — „Alter im Felde“ — vorzügliche Geltung hat, der jüngere dem älteren weichen, und es kann nicht angenommen werden, daß der Geſetzgeber in § 24 Allg. Berggeſ. über deſſen Wortlaut hinaus etwas anderes hat beſtimmen wollen, zumal, wie oben dargelegt, auch die Materialien, insbeſondere die Motive zum Allgemeinen Berggeſetz überwiegend dafür ſprechen, daß das Vorzugsrecht des erſten Finders gegenüber allen Mutungen hat aufrecht erhalten werden ſollen.“

---

61. Haftet der Notar als Beamter — nach Maßgabe von §§ 88 flg. A.L.R. II. 10 — für ein Verſehen bei Abfaſſung einer von ihm privatſchriftlich entworfenen und demnächſt notariell beglaubigten Urkunde dem durch das Verſehen Geſchädigten?

VI. Civilſenat. Urt. v. 20. Juni 1901 i. S. Dr. C. (Bekl.) w. Kl. u. D. (Kl.). Rep. VI. 75/01.

I. Landgericht Torgau.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Der Zimmermann K., welcher den Klägern je für gelieferte Materialien beſtimmte Beträge ſchuldete, hatte mit dieſen vereinbart, daß ihre Forderungen auf ſeinem im Grundbuche von W. Bd. XX Art. 817 eingetragenen Hauſe hinter einer Hypothek der Stadtſparkaſſe eingetragen werden ſollten. K. begab ſich am 3. Januar 1899 zu dem Beklagten, einem Rechtsanwalt und Notar, legte dieſem die Abſchrift einer Verfügung des Grundbuchamtes vom 16. März 1898 vor, welche

neben den das Grundstück Bd. XX Art. 817 betreffenden Grundbuchsverhältnissen auch die Abschreibung einer Parzelle für die Stadtgemeinde W. mit enthielt, und ersuchte den Beklagten, Schuldverschreibung und Eintragungsantrag zu Gunsten der Kläger für ihn zu fertigen. Der Beklagte ließ dementsprechend in seinem Bureau zwei Druckformulare für Schuld- und Pfandverschreibung ausfüllen. In diese wurde jedoch statt der richtigen Grundbuchnummer Bd. XX Art. 817 die Nummer Bd. III Fol. 110 jener für die Stadtgemeinde abgeschriebenen Parzelle eingerückt. K. unterschrieb die so entworfenen Verschreibungen, worauf der Beklagte diese Unterschriften als vor ihm gefertigt amtlich beglaubigte und die Urkunden bei dem Amtsgerichte einreichte. Das Amtsgericht wies die Anträge zurück, weil auf dem angegebenen Grundbuchblatte für K. ein Grundstück nicht eingetragen sei. Der Beklagte fertigte dann am 6. Januar 1899 einen neuen Eintragungsantrag, nunmehr mit der richtigen Grundstücksbezeichnung. Inzwischen hatte aber bereits ein anderer Gläubiger bei dem Grundbuchrichter die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Vorrechtes seiner Hypothek erwirkt. Infolgedessen wurden die Hypotheken erst an nachgehender Stelle eingetragen. Bei der später eingeleiteten Zwangsversteigerung des Grundstückes fielen die Kläger mit ihren Hypotheken aus. Da sie von dem vermögenslosen Schuldner keine Befriedigung erlangen konnten, nahmen sie den Beklagten auf Schadensersatz — wegen Versehens im Amte — in Anspruch. Das Berufungsgericht verurteilte den Beklagten dem Klagantrag entsprechend. Auf die Revision des Beklagten ist dieses Urteil aufgehoben, und die Klage abgewiesen worden.

Gründe:

„Das Berufungsgericht hat — insoweit mit dem ersten Richter übereinstimmend — angenommen, daß der Beklagte bei Entwerfung und Beglaubigung der Anträge des Zimmermannes K. in seiner Eigenschaft als Notar und daher als Beamter gehandelt habe. Derselbe habe damit auch, als Notar, die Verantwortung dafür übernommen, daß die so öffentlich beglaubigten Anträge inhaltlich richtig gefaßt, die aus der Verfügungsabschrift des Grundbuchrichters zu ersehende Grundbuchnummer des K.'schen Grundstückes in die von ihm benutzten Schuldverschreibungsformulare richtig übernommen werde. Die Koncipierung der Anträge lasse sich von der öffentlichen Be-

glaubigung der darunter befindlichen Unterschriften nicht trennen; die gesamte Thätigkeit des Beklagten stelle sich im vorliegenden Falle vielmehr als eine einheitliche, amtliche dar. Der Zimmermann K. habe auch die Dienste des Beklagten lediglich in seiner Eigenschaft als öffentlicher Urkundsperson in Anspruch nehmen wollen; jedenfalls sei es ihm um Herstellung einer öffentlichen Urkunde im Sinne von § 33 der Grundbuchordnung zu thun gewesen. In allen Fällen aber, wo den rechtsgeschäftlichen Erklärungen einer Partei die von dieser gewollte Form einer öffentlichen Urkunde verliehen werde, handle der Notar als Beamter, nicht als Beauftragter. Der Beklagte hafte daher gemäß §§ 88. 89 A.L.R. II. 10 für jedes bei Führung seines Amtes begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen.

Daß der Notar nach preußischem Recht Beamter ist, steht außer Zweifel.

Vgl. außer den im Berufungsurteil angeführten Gesetzesstellen auch das Gesetz, enthaltend Bestimmungen über das Notariat ꝛc, vom 15. Juli 1890 (G.S. S. 229) § 13 Abs. 1. § 14 Abss. 2 und 3; Gruchot, Bd. 30 S. 698 flg.

Es fragt sich aber, ob der Beklagte bei Besorgung der Angelegenheit, bezüglich deren ihm vorliegend ein Versehen zur Last gelegt wird, in seiner Eigenschaft als Notar und Beamter thätig gewesen sei, das Versehen also sich als ein im Amte begangenes darstelle, welches den Beklagten zufolge der Bestimmungen in §§ 88. 89. 91 A.L.R. II. 10 Dritten — nicht bloß dem Auftraggeber — gegenüber haftbar machen würde. Der Beklagte hat das schon in den Vorinstanzen bestritten: als Notar fungiere er nur da, wo er als Urkundsperson auftrete, so in dem Falle, wo er eine notarielle Verhandlung aufnehme; in allen Fällen aber, wo er lediglich eine privatim abgegebene Erklärung koncipiere und eine darunter befindliche Unterschrift beglaubige, hafte er, was den Inhalt der entworfenen Verhandlung anlange, nicht als Beamter, als Notar, sondern lediglich als Rechtsberater, als Beauftragter des Erklärenden; und zwar auch dann, wenn er seine Gebührenliquidation nach den Bestimmungen der Notariatsgesetze aufstelle. Für das im gegenwärtigen Falle bei dem Entwerfen der Schuldverschreibungen vorgekommene Versehen würde also der Be-

klagte nur von seinem Auftraggeber K., nicht auch von den Klägern verantwortlich gemacht werden können. Die Revision hat diese Auffassung gleichermaßen vertreten: einen notariellen Akt enthalte nur die Beglaubigung der Unterschrift, nicht auch die Entwerfung der Urkunde, bei der vielmehr der Beklagte lediglich als privater Beauftragter thätig gewesen sei. Daran könne das von dem Berufungsrichter betonte zeitliche Zusammenfallen der beiden Akte, das nur ein zufälliges sei, nichts ändern. Der Revision war nach Lage des vorliegenden Falles Recht zu geben.

Es handelte sich bei dem von dem Grundeigentümer K. dem Beklagten erteilten Auftrag um die Anfertigung einer Schuld- und Pfandverschreibung mit dem Antrage auf Eintragung der Hypotheken. Nach § 33 der preußischen Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 müssen schriftliche zu einer Eintragung oder Löschung erforderliche Anträge und Urkunden gerichtlich oder notariell *aufgenommen* oder *beglaubigt* sein. Die letztere hier zugelassene Form, die Beglaubigung, besteht in einer Beurkundung der Unterschriften und geschieht nach § 8 Abs. 3 des Gesetzes vom 15. Juli 1890, enthaltend Bestimmungen über das Notariat ꝛc, durch einen unter die Unterschrift oder das Handzeichen zu setzenden Vermerk des Inhaltes, daß die vorstehende Unterschrift ꝛc der näher zu bezeichnenden Person beglaubigt werde, wobei anzugeben ist, ob die Beglaubigung auf Grund der vor dem beglaubigenden Beamten erfolgten Fertigung, oder der vor demselben erfolgten Anerkennung geschieht. Anders als bei der Aufnahme einer notariellen Urkunde, einer Verhandlung, wobei der Notar den Inhalt einer Parteierklärung in die von ihm gefertigte Urkunde aufnimmt, wird bei der bloßen Beglaubigung nicht der Inhalt der Urkunde, sondern nur die *Unterschrift* zum Gegenstande der Beurkundung gemacht, und sie allein, nicht darüber hinaus der Inhalt des Schriftstückes, ist von dem öffentlichen Glauben gedeckt. Die notariell beglaubigte Urkunde ist an sich eine Privaturkunde, wobei nur deren Unterschrift durch eine beigesetzte, unter § 415 oder § 418 C.P.O. fallende öffentliche Urkunde in ihrer *Echtheit* beglaubigt ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 330; *Gaupp-Stein*, Civilprozeßordnung Bd. 1 zu § 415 S. 868, und jetzt Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898, § 183 mit § 167 flg.

Die Urkunde, welche der Notar zu beglaubigen hat, kann von der Partei selbst oder auch von irgend einem Dritten verfaßt sein. Diesfalls hat der Notar, dessen Thätigkeit sich auf die Beglaubigung beschränkt, den Inhalt der Urkunde nicht zu vertreten; er ist weder schuldig, noch auch befugt, von dem Inhalte des Instrumentes Kenntnis zu nehmen.

Vgl. § 21 des preußischen Notariatsgesetzes vom 11. Juli 1845, jetzt Art. 60 des preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899 (G.S. S. 249).

Liegt aber der — insbesondere bei der Verbindung des Notariats mit der Rechtsanwaltschaft — praktisch häufige Fall vor, daß der Notar selbst im Auftrage der Partei den Entwurf der Urkunde angefertigt hat und nach ihrer Vollziehung durch die Beteiligten die Unterschriften beglaubigt, so erstreckt sich die in letzterem Akte bethätigte Amtsausübung gleichwohl nicht auch auf die erstere Thätigkeit.

Dem Wesen nach besteht die Amtsthätigkeit des Notars in der öffentlichen Beurkundung im Dienste Privater. In den mannigfachen sonstigen Geschäften, welche die Notare betreiben, ohne daß solche zu der öffentlichen Beurkundung in Beziehung ständen, wie bei der Rechtsberatung, dem privatschriftlichen Entwerfen von Urkunden, fungiert der Notar nicht als Staatsorgan. Es sind das allerdings Berufsgeschäfte des Notars, aber nicht Amtsgeschäfte. Schon in § 47 preuß. A.G.O. III. 7 wird ausdrücklich unterschieden zwischen Instrumenten, welche die Notare als Konsulenten der Parteien entwerfen und anfertigen, und solchen, die sie in der Qualität von Notarien vor sich selbst unter gewissen Feierlichkeiten vollziehen lassen; wonach also das erstere nicht zu den eigentlichen Notariatsgeschäften gehört. Der Unterschied zwischen der einen und der anderen Thätigkeit des Notars tritt auch in den neueren Gesetzen hervor;

vgl. z. B. Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845 § 1, mit Gesetz vom 15. Juli 1890 § 2, und Königl. Verordnung vom 21. Juli 1843; Gesetz vom 15. Juli 1890 §§ 13. 14, und Weißler, Das Notariat der Preußischen Monarchie (1896) S. 76. 160. 164;

und er muß sich auch geltend machen für die Frage der Haftung des Notars aus Amtshandlungen nach Maßgabe von §§ 86 flg. A.L.R. II. 10. Es wäre immerhin denkbar, daß zufolge besonderer gesetzlicher Bestimmungen die Haftpflicht des Notars und damit dessen Haftung für

Versehen sich über die Grenze der notariellen Amtsthätigkeit im engeren Sinne hinaus erstreckte, und eine Einwirkung nach dieser Seite könnte man wohl den in § 8 Abs. 5 und § 9 des Gesetzes vom 15. Juli 1890 dem Notar auferlegten Verpflichtungen zur Prüfung der Identität und Geschäftsfähigkeit des Ausstellers einer Urkunde, auch bei bloßer Beglaubigung, bezw. zur amtlichen Fürsorge für die rechtzeitige Entrichtung der Stempelabgabe beimessen; allein die erste Bestimmung betrifft eine mit dem Beglaubigungsakte begrifflich zusammenhängende Kognition, deren Vornahme bei der bloßen Beglaubigung nicht mehr ausdrücklich zu versichern ist, und aus der zweiten, einer Ausnahmevorschrift, lassen sich weiterreichende Folgerungen nicht ableiten.

Was aber im besonderen das Entwerfen von Urkunden anlangt, so kann in dem hier vorliegenden Falle, wenn der Notar zufolge Auftrages einer Partei die Urkunde entworfen hat und demnächst die Unterschrift beglaubigt, weder aus der Einheitlichkeit des Auftrages, noch aus dem thatsächlichen Zusammenhange der einen und der anderen Thätigkeit die Annahme begründet werden, daß die Abfassung der Schrift mit dem Beglaubigungsakte zusammen in den Bereich der Amtspflicht des Notars und seiner amtlichen Verantwortlichkeit gezogen werde, und demnach diesfalls der Notar für die inhaltliche Beschaffenheit des Entwurfes in seiner amtlichen Eigenschaft einzustehen habe. Darüber, ob ein eigentliches Notariatsgeschäft, also eine Amtshandlung des Notars, vorliegt, kann nur die objektive Natur des Geschäftes entscheiden. Es ist sehr wohl möglich, daß dem Notar ein Auftrag erteilt wird, dessen Ausführung teilweise ein eigentliches Notariatsgeschäft und teilweise ein anderes Geschäft erfordert. Dieses andere Geschäft, wie das Entwerfen einer privatschriftlichen Urkunde, mag ein solches sein, das von dem Auftraggeber selbst oder einem beliebigen Dritten hätte besorgt werden können, oder es mag damit der Notar als geschäfts- und rechtskundige Person, namentlich in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt, betraut worden sein. Das durch den einheitlichen Auftrag und dessen Ausführung geschaffene zeitliche und äußerliche Zusammenfallen der Thätigkeit nach der einen und nach der anderen Seite vermag aber die innere und rechtliche Natur der beiderlei Akte nicht zu verändern und läßt die Ausführung des Geschäftes, soweit es nicht zu den Obliegenheiten des Beauftragten in seiner Stellung als öffentlicher Urkundsperson gehört, nicht zu einer

Amtshandlung desselben werden. Die gegenteilige Auffassung wäre nur berechtigt, wenn sich hierfür aus positiven Gesetzesvorschriften ein bestimmter Anhalt entnehmen ließe. Das ist indes nicht der Fall. Daraus, daß in der Gebührenordnung für Notare vom 25. Juni 1895 (G.S. S. 256) § 9 die Gebühr für erforderte Entwürfe normiert, und in Abs. 2 daselbst der Fall, wenn von dem Notar auf Grund eines von ihm gefertigten Entwurfes demnächst das Rechtsgeschäft aufgenommen wird, oder vor ihm die Anerkennung oder Beglaubigung von Unterschriften unter einem von ihm gefertigten Entwurfe erfolgt, besonders geregelt ist, darf ein Schluß auf den Amtscharakter der Fertigung von Entwürfen nicht gezogen werden. Die Gebührenordnung bestimmt die Gebühren für die Berufsthätigkeit der Notare überhaupt, welche sich nicht mit der Amtsthätigkeit deckt — wie es auch bei der letzteren allein auf die Zuständigkeit des Notars ankommt —, und sie setzt Gebühren auch für anderweite Akte fest, welche sicher nicht zu den notariellen Akten im eigentlichen Sinne zu rechnen sind, so für Anträge (§ 10), Leitung von Erbteilungen (§ 11), Gutachten (§ 17), Darlehnsvermittelung (§ 18); sie erstreckt endlich die in der Gebührenordnung getroffenen Bestimmungen in § 29 auch auf die von Rechtsanwälten besorgten Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vgl. hierzu Weißler, Das Notariat der Preußischen Monarchie (1896) Tl. 4, zu § 1 der Gebührenordnung S. 383, zu § 9 S. 387, zu § 29 S. 399.

Auch die Vorschriften über Verwahrung von Geldern ꝛc — Gesetz vom 15. Juli 1890 § 11 —, über Eintragungen von Verhandlungen, Entwürfen und Beglaubigungen in das Notariatsregister — ebendort § 10 — beziehen sich auf das weitere Gebiet der Berufsgeschäfte des Notars, welches über die Grenze der Amtskompetenz hinausreicht.

Wenn der Notar hinsichtlich seiner Berufspflichten im weiteren Sinne der Dienstaufsicht und dem Disciplinarrechte untersteht (vgl. Weißler, a. a. O. S. 196 flg.), so läßt sich auch daraus nicht für die civilrechtliche Verantwortlichkeit nach Maßgabe der §§ 86 flg. A.L.R. II. 10 argumentieren. Für die letztere ist an der Grenze des Amtsrechtes festzuhalten, welche durch den Inhalt der eigentlichen Amtsbefugnisse und Amtspflichten, d. i. bei dem Notar: durch die auf die öffentliche Beurkundung bezügliche Zuständigkeit, bestimmt ist.

Es mögen sich Fälle denken lassen, wo der Notar, welcher einer von ihm selbst oder auch von einem Dritten entworfenen Urkunde die notarielle Beglaubigung beifügt, sich hierdurch der Verletzung einer Amtspflicht mit Rücksicht auf den Inhalt der Urkunde schuldig machen kann, so etwa wenn er in Kenntnis von einem Fehler in der Urkunde, welcher dieselbe zu dem bezweckten Erfolge untauglich macht, oder in Kenntnis von einem gesetz- oder sittenwidrigen Inhalte sie mit seiner Beglaubigung versieht. Allein diese Möglichkeit einer Amtspflichtverletzung hat mit der Frage, ob der Notar für ein Versehen bei Abfassung der Urkunde nach den Grundsätzen des Amtsrechts verantwortlich sei, an sich nichts zu thun.

Eine Verantwortlichkeit im letzteren Sinne — und also eine Haftung aus Versehen jedem Dritten oder doch jedem an dem betreffenden Rechtsakte Beteiligten gegenüber — ist aber dem Notar nach dem hier maßgebenden bisherigen Rechte in Beziehung auf das privatschriftliche Entwerfen von Urkunden und auf den Inhalt einer zu beglaubigenden Urkunde in der Regel nicht aufzuerlegen; vielmehr tritt hier das Recht des dem Geschäfte jeweils zu Grunde liegenden Vertrages — Auftrages, Dienstvertrages — mit den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen ein.

Vgl. hierzu Weißler, a. a. O. Kap. 4 S. 76. Kap. 16 S. 190 flg. lit. e und f.

Die in dem Berufungsurteile für die gegenteilige Beurteilung des vorliegenden Falles angeführten Gründe erscheinen nicht als durchgreifend. Dasselbe läßt dahingestellt, ob — was bislang nicht feststehe — K. etwa die Aufnahme einer notariellen Verhandlung, oder bloß den Entwurf einer Schuldurkunde mit Eintragungsbewilligung verlangt habe: jedenfalls sei es ihm um Herstellung einer öffentlichen Urkunde im Sinne von § 33 G.B.O. zu thun gewesen; in allen Fällen aber, wo den rechtsgeschäftlichen Erklärungen einer Partei die von dieser gewollte Form einer öffentlichen Urkunde verliehen werde, handle der Notar als Beamter, nicht als Beauftragter. Diesen Satz hat das Berufungsgericht ohne Zweifel aus der dafür angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts, IV. Civilsenates, vom 1. Februar 1886,

Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 697 flg.,

entnehmen wollen. Allein jener Fall betraf die Aufnahme von Kaufverträgen vor dem Notar, und in der Begründung des reichs-

gerichtlichen Urteils ist (S. 700 a. a. O.) gesagt, die Thätigkeit des Beklagten habe sich darauf beschränkt, kraft seines Amtes den vor ihm abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien die Form öffentlicher Urkunden zu verleihen; hierbei fungiere er, auch soweit er in Gemäßheit seiner Amtspflicht bei der Fassung der beurkundeten Erklärungen mitzuwirken habe, nur als Beamter. Eine notarielle Aufnahme des Eintragungsantrages vor dem Notar ist im gegenwärtigen Falle nicht erfolgt, und nach dem Thatbestande im Zusammenhalte mit den vorstehend wiedergegebenen Gründen ist auch wohl anzunehmen, daß der Auftraggeber K. mit der von dem Beklagten gewählten Form einer beglaubigten Urkunde einverstanden war. Ihm war es freilich um eine dem § 33 G.B.O. entsprechende Urkunde zu thun; aber das mußte eben nicht notwendig eine dem Inhalte nach öffentliche Urkunde sein. Auch die in dem Berufungsurteile weiter in Bezug genommenen Urteile des Reichsgerichtes sind für den gegebenen Fall nicht geeignet, der angefochtenen Entscheidung als Stütze zu dienen. Bei dem Urteile des IV. Civilsenates vom 27. März 1899 (Rep. IV. 354/98, Jur. Wochenschr. 1899 S. 318 Nr. 45) handelte es sich um einen Fall, wo der Notar eine unrichtige Auskunft und dementsprechende Bescheinigung einer Partei — dem Kläger — erteilt hatte; es ist ausgesprochen, daß der Beklagte hierbei als Notar gehandelt habe und daraus dem Kläger, der sich an ihn um Auskunft gewendet hatte, schadensersatzpflichtig sei. Das in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 40 S. 314 flg. abgedruckte Urteil des IV. Civilsenats vom 17. Januar 1898 (Rep. IV. 199/97) bezieht sich gleichermaßen auf einen Fall, in welchem der Notar, der eine Urkunde entworfen und beglaubigt hatte, von der Partei, der Auftraggeberin, auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden ist. Wenn in diesem Urteile allerdings wiederholt die Ansicht des Berufungsgerichtes gebilligt ist, daß dem Beklagten ein Versehen im Amte, eine amtliche Unachtsamkeit zur Last falle, so beruht auf dieser Auffassung die Entscheidung insofern nicht, als es hierbei nur darauf ankam, ob dem Beklagten ein Versehen, und der Klägerin ein konkurrierendes Verschulden zur Last fiel. Und da in der jetzt zu entscheidenden Sache die Haftpflicht des Notars nicht dem Auftraggeber, sondern einem Dritten gegenüber in Frage steht, so erscheint der Fall des § 137 G.V.G. nicht als gegeben.

Auftraggeber für die Anfertigung der Schuldverschreibungen und Eintragungsanträge war vorliegenden Falles allein der Eigentümer K. Mit den Klägern stand der Beklagte in Bezug auf diese Angelegenheit in keinem Vertrags- oder sonstigen Rechtsverhältnisse. In den Gründen des Berufungsurteiles ist auch ausdrücklich gesagt, daß K. nicht Vertreter der Kläger gewesen sei. Jedenfalls ist die Klage auf ein Vertragsverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten nicht gestützt worden. Als ein außerkontraktlicher Anspruch aus einem Amtsversehen des Beklagten aber ist die Klage nicht zu begründen. Bei dieser Sachlage ist auf die von der Revision weiter zur Erörterung gestellte Frage, ob der Notar in einem Falle der vorliegenden Art aus einem Versehen im Amte nicht nur dem Auftraggeber, sondern jedem dadurch geschädigten Dritten haftbar würde, nicht einzugehen. Vielmehr muß aus den vorstehenden Gründen das Berufungsurteil aufgehoben werden. Da aber die Voraussetzungen des § 565 Abs. 3 Ziff. 1 C.P.O. gegeben sind, so hat das Revisionsgericht in der Sache selbst zu entscheiden. Demgemäß ist die seitens der Kläger gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen, dagegen der Berufung des Beklagten stattgegeben, und die Klage im ganzen Umfange abgewiesen worden." ...

---

62. Sind Verlagsverträge nach Tarifstelle 71 Nr. 2, oder nach Stelle 32 lit. c des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 zu versteuern?

VII. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1901 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. VII. 148/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Durch die in Rede stehenden Verträge haben sich die Autoren zur Anfertigung und Lieferung schriftstellerischer Arbeiten, Klägerin zur Vervielfältigung und Verbreitung der letzteren in buchhändlerischer Weise verpflichtet. Es liegen also Verlagsverträge vor. Klägerin

macht geltend, daß dieselben als Verträge über Handlungen gemäß Tarifstelle 71 Nr. 2 des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 mit je 1,50 ℳ zu versteuern seien, wogegen Beklagter behauptet, daß sie als lästige Veräußerungsgeschäfte nach Tarifstelle 32 lit. c einer Stempelsteuer von $^1/_3$ Prozent des den Autoren zugesicherten Honorars unterworfen seien. Der Berufungsrichter hat in Übereinstimmung mit dem ersten Richter die Tarifstelle 71 Nr. 2 für anwendbar erachtet und ausgeführt, die Übernahme der Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes, also zu Handlungen von seiten des Verlegers, gebe dem Verlagsvertrage seinen eigentümlichen rechtlichen Inhalt, während das Honorarversprechen nicht essentiell sei; überdies liege auch auf seiten der Gegenkontrahenten eine Verpflichtung zu Handlungen vor, nämlich zur Bearbeitung beziehungsweise Herstellung von Schriftwerken. Die Revision führt hiergegen aus, den essentiellen Gegenstand des Verlagsvertrages bilde jedenfalls nach §§ 996. 997 Tl. I Tit. 11 des Allgemeinen Landrechtes das ausschließliche Vervielfältigungs- und Vertriebsrecht, welches der Autor auf den Verleger übertrage. Es sei etwas Nebensächliches und Zufälliges, wenn der Vertrag vor der Herstellung des Werkes durch den Autor abgeschlossen werde, und dieser daher mit der Übertragung seiner Rechte auf die gewerbliche Ausnutzung seines Litteraturerzeugnisses daneben auch noch vorerst dessen Herstellung übernehme. Daß aber, wenn von der anderen Seite neben der Zahlung des Honorars auch die Verpflichtung zur Verbreitung und zum Absatze des Werkes übernommen werde, bei der Frage der Verstempelung nicht über die bedungene Zahlung hinwegzugehen, vielmehr höchstens der Wert der Nebenleistung hinzuzurechnen sei, ergebe die Bestimmung in der Kolonne „Berechnung der Stempelabgabe" zur Tarifstelle 32 des Stempelsteuergesetzes.

Die Revision ist unbegründet.

Über die Natur des Verlagsvertrages bestehen verschiedene Ansichten. Während insbesondere Dernburg (Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 210) annimmt, daß der Verlagsvertrag lediglich den Charakter eines Vertrages über Handlungen habe, und ausführt, daß die Übertragung des Rechtes der ausschließlichen Veröffentlichung eines Werkes auf den Verleger nicht wesentlich sei, da auch Schriften, welche des Schutzes des Urheberrechtes entbehren, in Verlag gegeben werden könnten,

die Abtretung des Urheberrechtes daher nur etwas der Überlassung zum Verlage Accessorisches sei, vertritt Eccius (Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 134) die Ansicht, der Verlagsvertrag sei nicht bloß ein Vertrag über Handlungen, sondern, von der anderen Seite betrachtet, auch ein Vertrag, durch welchen ein Recht veräußert werde; ein Vertrag aber, durch welchen Schriftstücke, die des gesetzlichen Urheberschutzes entbehren, in Verlag gegeben werden, sei landrechtlich lediglich als Vertrag über Handlungen, aber nicht als Verlagsvertrag anzusehen. Welcher von diesen Ansichten der Vorzug zu geben ist, kann hier unerörtert bleiben; auch braucht nicht Stellung genommen zu werden zu der Frage, ob das Verlagsrecht ein, wenn auch von dem Urheberrecht abgeleitetes, doch von demselben verschiedenes Recht sei, welches nur das ausschließliche Vervielfältigungsrecht begreife, sodaß die Substanz des Urheberrechtes dem Autor verbleibe, — woraus sich zweifellos ergeben würde, daß der Verlagsvertrag nicht zu den auf Veräußerung gerichteten Verträgen gehört, — oder ob durch den Verlagsvertrag das Urheberrecht selbst, wenn auch nur in beschränktem Maße, auf den Verleger übergehe. Auch wenn davon ausgegangen wird, daß der Verlagsvertrag ein Veräußerungsgeschäft enthält und, wie es hier der Fall ist, nur solche Schriftwerke betrifft, auf die sich der Schutz des Urheberrechtes erstreckt, so ist die Stempelfrage doch dahin zu entscheiden, daß die Tarifstelle 32 c des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 auf denselben nicht anwendbar ist, weil sich mit der Veräußerung das Wesen des Vertrages nicht erschöpft, vielmehr die Verbindlichkeit des Verlegers zur Vervielfältigung und Verbreitung des den Gegenstand des Verlagsrechts bildenden Werkes hinzutritt. Diese Verbindlichkeit giebt dem Verlagsvertrage seinen besonderen rechtlichen Charakter, und es hat daher das Allgemeine Landrecht denselben als Vertrag über Handlungen angesehen. Die Veräußerung ist nicht ein in der Vertragsurkunde enthaltenes besonderes Geschäft, welches, losgelöst von jener Verbindlichkeit, für sich allein in Betracht zu ziehen ist, sondern nur ein Element eines einheitlichen Rechtsgeschäftes; nur der Charakter des letzteren ist für die Beurteilung der Stempelpflichtigkeit der Vertragsurkunde maßgebend (vgl. § 10 des Stempelsteuergesetzes). Der Verlagsvertrag kann daher nur nach Tarifstelle 71 Nr. 2 versteuert werden, da eine andere Tarifstelle, insbesondere die der Nr. 32 c, nicht zur Anwendung kommt.

Die Ausführung des Revisionsklägers, den essentiellen Gegenstand des Verlagsvertrages bilde das ausschließliche Vervielfältigungs- und Vertriebsrecht, welches der Autor auf den Verleger übertrage, kann der Revision somit nicht zur Stütze dienen, weil sie die entsprechende, ebenfalls essentielle und für den Verlagsvertrag gerade charakteristische Verpflichtung des Verlegers außer Betracht läßt. Wenn weiterhin aber diese Verpflichtung als eine dem Honorar hinzutretende Nebenleistung des Verlegers bezeichnet wird, so ist dies um so verfehlter, als das Honorarversprechen für den Begriff des Verlagsvertrages völlig unwesentlich ist."

---

63. Haftung des Bergwerksbesitzers für die Schädigung einer Windmühle durch Windentziehung infolge von Haldenaufführungen.

V. Civilsenat. Urt. v. 27. Juni 1901 i. S. Gute Hoffnungshütte (Bekl.) w. Sp. (Kl.). Rep. V. 133/01.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Nach der Feststellung des Berufungsrichters war durch zwei bis zu 40 m hoch aufgeschüttete Halden der Beklagten auf ihrer Zeche Osterfeld der benachbarten Windmühle des Klägers auf dem Grundstück Fl. I. 2276/285 Stadtgemeinde Osterfeld der Wind aus bestimmten Richtungen entzogen oder ungünstig beeinflußt worden, dergestalt daß dadurch die Betriebsfähigkeit der Mühle erheblich beeinträchtigt und der Kläger geschädigt wurde. Die in 1. Instanz auf entsprechende Abtragung der Halden und Schadensersatz gerichtete Klage war in 1. Instanz abgewiesen worden. In 2. Instanz verlangte der Kläger 6165 ℳ nebst Prozeßzinsen als Schadensersatz bis zum 1. Oktober 1899 und ferner entweder entsprechende Abtragung der Halden, oder Schadensersatz vom 1. Oktober 1899 an gerechnet. Der Berufungsrichter änderte das 1. Urteil insoweit ab, daß er den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach anerkannte und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung darüber sowie über die Kosten in die 1. Instanz zurückverwies, im übrigen aber die Berufung zurückwies.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger hat die geltend gemachten Ansprüche noch in anderer Weise als aus § 148 Allg. Berggef. zu begründen, insbesondere auszuführen gesucht, daß sie ihm schon als Ausfluß seines Eigentumsrechtes am Mühlengrundstücke zuständen. Der Berufungsrichter hat lediglich einen Schadensanspruch aus § 148 Allg. Berggef. für begründet erachtet und dem Kläger dem Grunde nach zugesprochen, die anderen Klagegründe dagegen und den damit zusammenhängenden Klagantrag auf Beseitigung der Halden abgewiesen. Diese sonstigen Klagegründe können hier unerörtert bleiben, da nur die Beklagte Revision eingelegt hat, diese aber als unbegründet zurückgewiesen werden muß.

Die thatsächliche Feststellung des Berufungsrichters, daß der zum Betriebe der Mühle des Klägers nötige Windzutritt durch die Halden der Beklagten ungünstig und für den Kläger schadenbringend beeinflußt werde, ist nicht angegriffen worden. Auch die weitere thatsächliche Annahme des Berufungsrichters ist nicht bemängelt worden, daß die schädliche Erhöhung der Halden durch eine Aufschüttung des bei Gewinnung des verliehenen Minerals mit diesem brechenden und aus der Grube herauszuschaffenden Gesteins entstanden sei. Wenn aber dies der Fall ist, so hat der Berufungsrichter mit Recht und in Übereinstimmung mit der seitherigen Rechtsprechung die Aufschüttung der Halden als eine zum Betriebe des Bergwerks gehörige Handlung bezeichnet, für deren schädliche Einwirkungen auf das Grundeigentum und dessen Zubehörungen der Bergwerksbesitzer nach § 148 Allg. Berggef. ersatzpflichtig ist.

Vgl. die Urteile des Reichsgerichts vom 3. April 1886 bei Gruchot, Beitr. Bd. 30 S. 1008 (Rep. V. 327/85) und vom 8. Februar 1890 in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 26 Nr. 41 S. 227. 228 (Rep. V. 270/89).

Dieser Satz wird auch von der Revision nicht an sich bestritten; sie meint nur, daß er hier nicht anwendbar sei, weil die Windentziehung, über die der Kläger sich beschwere, nicht durch das Aufschütten der Halden, sondern erst nach Beendigung des Aufschüttens durch das Vorhandensein so hoher Halden bewirkt worden sei, und darin keine Betriebshandlung des Bergwerksbesitzers liege. Eine

solche Unterscheidung ist aber verfehlt; die Höhe der Halden ist gerade das Ergebnis des Bergwerksbetriebes, und folglich der dadurch entstehende Schade ein Schade aus dem Bergwerksbetriebe.

Ihren Hauptangriff richtet nun indes die Revision gegen die weitere Annahme des Berufungsrichters, daß die Windentziehung sich als ein Schade darstelle, der dem Grundeigentum des Klägers oder dessen Zubehörungen zugefügt werde. Es wird zwar nicht bestritten, daß die Windmühle des Klägers, wie der Berufungsrichter darlegt, als Gebäude ein wesentlicher Bestandteil des Grundstückes ist, auf dem sie steht (§ 94 B.G.B.), und daß daher eine Beschädigung der Mühle unter den in § 148 Allg. Berggef. behandelten Schaden am Grundeigentum oder dessen Zubehörungen fallen würde; aber die Revision bestreitet, daß es sich hier überhaupt um einen der Mühle des Klägers zugefügten Schaden handele, weil die Mühle unversehrt bleibe und der Kläger kein Recht auf den Wind habe. In dieser Beziehung führt sie ein Urteil des Reichsgerichts vom 10. November 1880 an,

abgedruckt in Brassert's Zeitschr. Bd. 22 S. 528 und in Daubenspeck's Sammlung bergrechtlicher Entscheidungen Bd. 1 S. 255 (Rep. V. 194/80),

worin, unter Anwendung des ehemaligen gemeinen Rechtes, die Entziehung des Mahlwassers für eine Wassermühle nicht als eine unter den § 148 Allg. Berggef. fallende Beschädigung der Mühle behandelt worden ist, weil, wie es in dem Urteile heißt, der bezüglichen Mühle kein bevorzugtes oder ausschließliches Recht auf das Wasser zugestanden habe, und darum durch die Beschränkung des Mahlwassers dem Müller kein Schade entstanden sei. Diese Entscheidnng ist jedoch schon in dem Urteile des Reichsgerichtes vom 11. November 1896 (Rep. V. 137/96),

abgedruckt in Brassert's Zeitschr. Bd. 38 S. 230 und in Daubenspeck's Samml. Bd. 2 S. 169,

als wenigstens für das preußische Recht nicht zutreffend bezeichnet worden, und auch für den vorliegenden Fall kann ihre oben wiedergegebene Begründung nicht als richtig anerkannt werden.

Daß der Kläger kein Sonderrecht auf Windbezug erworben hat, ist für die Frage, ob sein Mühlengrundstück durch Verkümmerung des Windzutrittes geschädigt werde, nicht entscheidend. Er hat früher, und zwar in berechtigter Ausübung des ihm wie jedem Anderen zu-

stehenden Gemeingebrauches der umgebenden Luft, den zu seinem Mühlenbetrieb erforderlichen Wind gehabt und ihn erst verloren durch die Haldenaufschüttungen der Beklagten; seitdem ist sein Mühlenbetrieb beeinträchtigt, er kann das Mühlengrundstück nicht mehr wie früher benutzen, und damit ist, wie der Berufungsrichter zutreffend sagt, sein Vermögenszustand in Bezug auf dieses Grundstück verschlimmert. Damit ist er aber auch geschädigt; denn „Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre, oder seines Vermögens", wie das für diese Frage hier noch maßgebende preuß. A.L.R. I. 6 § 1 wörtlich ausspricht. Für den Begriff des Schadens ist es ohne Belang, daß der Kläger nicht darauf rechnen konnte, unter allen Umständen im Genuß der früheren Vorteile aus dem erwähnten Gemeingebrauch zu bleiben, daß er nämlich eine Windentziehung dann weder hätte verhindern noch zum Ausgangspunkt für Schadensersatzforderungen machen können, wenn sie durch Veranstaltungen in berechtigter Ausübung des an anderen Grundstücken bestehenden Eigentumsrechtes bewirkt worden wäre. Geschädigt wäre der Kläger auch in solchem Fall gewesen; er hätte nur keinen Anspruch auf Entschädigung gehabt, weil die Schadenszufügung auf seiten des Beschädigers eine berechtigte gewesen wäre. Im vorliegenden Falle kann aber die schädliche Aufschüttung der Halden nicht als eine in Ausübung des der Beklagten an ihrem Grundstück zustehenden Eigentumsrechtes vorgenommene Handlung gelten, sondern ist in ihrem Bergwerksbetriebe geschehen und unterliegt nun der Vorschrift des § 148 Allg. Berggesetz., welche den Bergwerksbesitzer verpflichtet, für allen Schaden, der dem Grundeigentum oder dessen Zubehörungen durch den Betrieb des Bergwerkes zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten. Diese Vorschrift bezweckt, eine möglichste Ausgleichung der Nachteile herbeizuführen, die dem Grundeigentum durch Ausübung der dem Bergeigentum von der Gesetzgebung eingeräumten Rechte erwachsen. Eins dieser Rechte ist der ungehinderte Betrieb des Bergwerkes, den der Grundeigentümer dulden muß, auch wenn er daraus Schaden leidet; aber dafür ist der Bergeigentümer zum vollständigen Ersatz allen solchen Schadens verpflichtet worden. Demgemäß ist in ständiger Rechtsprechung dem Grundbesitzer z. B. auch für die Trockenlegung seiner Brunnen und für die Entziehung bisher

oberirdisch zugeflossenen Quellwassers, auch wenn ihm Sonderrechte in diesen Beziehungen nicht zur Seite standen, und obgleich er diese Handlungen, wenn in Ausübung der Eigentumsrechte von Nachbaren vorgenommen, hätte dulden müssen, dann eine Entschädigung zugesprochen worden, wenn sie im Betriebe eines Bergwerkes geschehen waren.

Vgl. z. B. Daubenspeck's Sammlung Bd. 1 S. 254 Nr. 103, S. 327 flg. Nr. 144.

Was insbesondere den Fall einer Entziehung des Mahlwindes anlangt, so mag noch auf ein Urteil des vormaligen preußischen Obertribunals, bei Striethorst, Bd. 99 Nr. 19 S. 108, verwiesen werden, worin eine Eisenbahngesellschaft zum Schadensersatze für die Windentziehung durch Aufschüttung eines Dammes verurteilt worden ist auf Grund des § 14 des preußischen Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838, der den Eisenbahnunternehmer verpflichtet, in dort näher angegebenen Beziehungen Einrichtungen zu treffen, damit die benachbarten Grundbesitzer gegen Gefahren und Nachteile in Benutzung ihrer Grundstücke gesichert werden. Wie durch diese Gesetzesstelle zu Ungunsten des Eisenbahnunternehmers, so ist durch den § 148 Allg. Berggef. zu Ungunsten des Bergwerksbesitzers eine Sondervorschrift geschaffen worden, durch welche dieser zum Ersatz allen aus seinem Bergwerksbetriebe an dem Grundeigentum und dessen Zubehörungen entstehenden Schadens, also auch des Schadens verpflichtet wird, der einem Mühlengrundstücke durch die Verkümmerung des Mühlenwindes zugefügt wird."

---

64. Bleibt ein früher abgeschlossener Mietvertrag bestehen, wenn der Mieter und dessen Ehefrau später das gemietete Grundstück erwerben?

VI. Civilsenat. Urt. v. 19. September 1901 i. S. G. (Bekl.) w. H. (Kl.). Rep. VI. 169/01.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Mit Unrecht hat ... das Berufungsgericht den Einwand des Beklagten verworfen, daß der Kläger und seine Ehefrau den ganzen früher dem Kläger gehörigen Grundbesitz erworben haben.

Der Mietvertrag setzt begriffsmäßig voraus, daß für den Gebrauch einer Sache ein bestimmter Preis bedungen ist, welchen der Mieter dem Vermieter zu zahlen hat. Dem Eigentümer einer Sache steht nun der Gebrauch der Sache an sich vermöge seines Eigentumes zu. Er hat für denselben einer anderen Person, wenn dieser nicht etwa besondere Rechte an der Sache gebühren, nichts zu zahlen und kann mithin, wenn dies nicht der Fall ist, das Recht auf den Gebrauch nicht erst durch einen Mietvertrag erlangen.

Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 136 bei Anm. 32. 33; Rehbein, Entsch. des Obertrib. Bd. 3 S. 809 Anm. c.

Ein abgeschlossener Mietvertrag erlischt deshalb, wenn der Mieter hinterher Eigentümer der Sache wird.

Vgl. Windscheid, Pandektenrecht 8. Aufl. Bd. 2 § 399 Anm. 10.

Die durch den ursprünglichen Mietvertrag begründeten Rechte und Pflichten ruhen nicht bloß, wie das Berufungsgericht meint; sie erlöschen vielmehr vollständig, da sie sich durch den Übergang der vermieteten Sache in das Eigentum des Mieters in einer Person vereinigen. Dies trifft allerdings nicht zu, wenn das Eigentum der vermieteten Sache von dem Mieter gemeinschaftlich mit einem Dritten erworben wird, da alsdann der ursprüngliche Mieter und die neuen Eigentümer als Vermieter nicht dieselbe Person sind.

Vgl. Urt. des IV. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 2. Dezember 1880, Zeitschr. für Preuß. Recht Bd. 1 S. 569.

Ob aber auch der Ehemann Mieter des ihm und seiner Ehefrau gemeinschaftlich gehörigen Grundstückes sein kann, hängt von dem unter den Eheleuten bestehenden Güterrechte ab. So sind bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft alle Sachen und Rechte, welche der freien Verfügung eines Ehegatten unterworfen sind, gemeinschaftliches Eigentum der Ehegatten. Es ist daher auch das Mietrecht eines Ehegatten gemeinschaftlich, sodaß sich beim Mieten eines zur Gütergemeinschaft gehörigen Grundstückes seitens eines Ehegatten dieselben

Personen als Vermieter und Mieter gegenüberstehen würden, ein Mietverhältnis daher nicht möglich ist.

Hat der Ehemann, was nach den Vorschriften des preußischen Allgemeinen Landrechtes und des Bürgerlichen Gesetzbuches die Regel ist, die Verwaltung und Nutznießung an dem Vermögen der Ehefrau, so hat er den Gebrauch und die Nutzung der ihm und seiner Ehefrau gemeinschaftlich gehörigen Sache teils vermöge seines Eigentumes, teils vermöge seines Nießbrauches am Vermögen der Ehefrau. Er hat für den Gebrauch und die Nutzung kein Entgelt zu entrichten und kann deshalb auch in diesem Falle nicht Mieter der gemeinschaftlichen Sache sein, da es an den wesentlichen Erfordernissen des Mietvertrages fehlen würde. Ein von ihm mit dem früheren Eigentümer der Sache abgeschlossener Mietvertrag erlischt deshalb auch bei diesem Güterstande, wenn die Eheleute die gemietete Sache demnächst gemeinschaftlich erwerben, wie überhaupt in dem Falle, daß der Mieter später den Nießbrauch an der Mietsache erlangt.

Vgl. Windscheid, a. a. O.

Die Parteien haben nun allerdings nicht angegeben, welches Güterrecht in der Ehe des Klägers besteht, und auch nicht die Thatsachen, aus denen sich dies ergeben würde, namentlich nicht, wo sie ihren ersten ehelichen Wohnsitz genommen haben. Dieselben sind deshalb durch Ausübung des Fragerechtes zur Angabe der erforderlichen Thatsachen zu veranlassen." ...

---

65. 1. Unter welchen Voraussetzungen darf der Besteller vor Fertigstellung des Werkes von dem in § 947 A.L.R. I. 11 gewährten Rücktrittsrechte Gebrauch machen?

2. Rücktritt nur für die Zukunft.

VI. Civilsenat. Urt. v. 19. September 1901 i. S. B. Erben (Bekl.) w. O. (Kl.). Rep. VI. 196/01.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Erblasser des Beklagten übertrug dem Kläger die sämtlichen Maurerarbeiten einschließlich des Aufbringens des Estriches zu dem

Neubaue seines Wohnhauses, untersagte ihm aber, nachdem ein Teil des Werkes hergestellt worden war, die Fertigstellung und erklärte den Rücktritt vom Vertrage. Der auf Ersatz des dem Kläger dadurch entstandenen Schadens und des entgangenen Gewinnes gerichteten Klage setzten die Beklagten u. a. die Einrede entgegen, daß ihr Erblasser wegen Untüchtigkeit des hergestellten Teiles zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen sei. Das Berufungsgericht erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Diese Entscheidung ist auf Revision der Beklagten aufgehoben, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Die Beklagten haben den Rücktritt ihres Erblassers ... damit begründet, daß die vom Kläger ausgeführten Arbeiten durchaus mangelhaft gewesen seien, und die vorhandenen Mängel eingehend geschildert. Das Berufungsgericht hat ... diesem Einwand Beachtung versagt, mit folgender Begründung. Der Fall des Rücktrittes wegen Untüchtigkeit des Werkes (§ 947 A.L.R. I. 11) könne hier überhaupt nicht in Frage kommen, da sich zur Zeit des Rücktrittes die Tüchtigkeit oder Untüchtigkeit des Werkes noch gar nicht habe beurteilen lassen, weil es noch nicht vollendet gewesen. Die etwaige Untauglichkeit einzelner bereits hergestellter Teile genüge jedenfalls nicht, um den Rücktritt zu rechtfertigen, da ihretwegen das Werk im ganzen später noch nicht untüchtig zu sein brauche. Auch hätte der Erblasser der Beklagten bei Ausübung dieses Rücktrittsrechtes gemäß § 947 A.L.R. I. 11 die Annahme des Werkes verweigern, also dem Kläger auch die bereits vollendeten Teile des Werkes zurückgewähren müssen. Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Der angezogene § 947 behandelt nur den regelmäßigen Fall, daß ein Werk nach seiner Vollendung untüchtig befunden wird. Allein wie dem Besteller das Rücktrittsrecht aus § 938 schon vor Ablauf der für die Vollendung bedungenen Frist dann zu geben ist, wenn objektiv feststeht, daß der Werkmeister durch seine Schuld bis zum bedungenen Zeitpunkte das Werk nicht abliefern kann, so ist auch jene Vorschrift unbedenklich auf den Fall anzuwenden, daß das erst zum Teil hergestellte Werk erhebliche Mängel aufweist. Wenn es auch richtig ist, daß die Untauglichkeit einzelner bereits hergestellter

Teile den Rücktritt dann nicht rechtfertigen kann, wenn ihretwegen das Werk im ganzen nicht untüchtig und vertragswidrig sein würde, so wäre doch zu prüfen gewesen, ob dies bei den von den Beklagten behaupteten Fehlern zutrifft. Sind aber an dem hergestellten Teile erhebliche Fehler vorhanden, infolge deren das Werk, wenn es fertiggestellt würde, als untüchtig und vertragswidrig befunden werden müßte, so kann dem Besteller nicht zugemutet werden, die Vollendung des Werkes abzuwarten und erst dann seinen Rücktritt zu erklären. Dies würde seine Interessen wie die des Werkmeisters gleichmäßig schädigen.

Vgl. Urteil des II. Civilsenates des Reichsgerichtes, Rep. II. 39/95, abgedruckt in der Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1895 S. 247 Nr. 30. Unbegründet ist auch der Hinweis des Berufungsgerichtes darauf, daß der Erblasser der Beklagten bei Ausübung des Rücktrittsrechtes die Annahme des Werkes hätte verweigern, also dem Kläger den bereits vollendeten Teil des Werkes hätte zurückgeben müssen. Allerdings ist der Besteller, der das fehlerhafte Werk annimmt und darüber verfügt, zum Rücktritt vom Vertrag nicht berechtigt, sondern nach Befinden nur befugt, Minderung der Vergütung, bezw. Schadensersatz zu fordern. Daraus würde aber für den vorliegenden Fall nur folgen, daß die Beklagten verpflichtet sind, die auf den vom Kläger hergestellten Teil entfallende Vergütung zu bezahlen, soweit es ihnen nicht gelingt, ein Recht zur Minderung dieser Vergütung wegen vorhandener Mängel, bezw. Schädenansprüche darzuthun. Der Erblasser der Beklagten ist mithin nur für die Zukunft zurückgetreten; ob der Besteller eines Werkes unter obigen Voraussetzungen hierzu stets und in allen Fällen berechtigt ist, braucht nicht erörtert zu werden; in Fällen der vorliegenden Art, wo es sich um die Aufführung eines Bauwerkes handelt, liegt es nur im Interesse des Werkmeisters, wenn der Besteller, unter Rücktritt vom Vertrag im übrigen, das teilweise fertiggestellte Werk annimmt und daher — vorbehaltlich seiner Minderungs- und Schädenansprüche —zur Zahlung der dafür zu gewährenden Vergütung verpflichtet ist, statt daß er von seinem Rücktrittsrechte unbeschränkten Gebrauch macht und damit den Werkmeister zur Beseitigung des Bauwerkes nötigt." . . .

66. Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl. Rechtliche Bedeutung und Wirkung einer Klausel der Polize, durch welche die Gültigkeit der Versicherung davon abhängig gemacht wird, daß der Versicherte gewisse Sicherungsmaßregeln beobachtet.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. September 1901 i. S. E. (Kl.) w. F., Erste Deutsche Kautions- u. Allg. Vers.-Anst. (Bekl.). Rep. VII. 196/01.

I. Landgericht Bochum.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Dem in Bochum wohnhaften Kläger, welcher laut Polize vom 2. April 1898 „die Summe von 9200 ℳ gegen Einbruchsdiebstahl bei der Beklagten versichert" hat, waren angeblich am 7. März 1899 aus seinem Schaufenster zu H. Gold- und Silberwaren im Werte von 4937,45 ℳ gestohlen worden, und zwar mittels Einbruchs, indem der Rollladen hochgehoben, und das Fenster zertrümmert wurde. Seiner auf Zahlung der letzterwähnten Summe mit 5 Prozent Zinsen seit einem Monate nach der Rechtskraft des Urteiles erhobenen Klage widersprach die Beklagte auf Grund folgender Bestimmung der Polize:

„Die Gültigkeit der Versicherung wird dadurch bedingt, daß vorgenannte Räumlichkeiten mit den im Antrage angegebenen Sicherheitsvorrichtungen versehen sind und stets ordnungsmäßig verschlossen gehalten, sowie täglich, auch an Sonn- und Festtagen, revidiert werden. Insbesondere wird bemerkt, daß die Ladenthür durch starkes Schloß und, ebenso wie die Schaufenster, durch gesicherte Holzrollade geschützt ist. Die Ausgangsthür des Flurs ist durch Schloß und Riegel, die übrigen Thüren durch Schlösser, und die Fenster der hinteren Räume durch Holzblenden mit eisernen Riegeln gesichert. Im Zimmer hinter dem Laden schläft stets eine erwachsene Person."

Die Sicherung an den Rollläden sei, so behauptete die Beklagte, niemals, und insbesondere nicht an dem Abende vor dem Diebstahle, in Wirksamkeit getreten. Wäre der Rolladen des Schaufensters durch Anziehen der Sicherungsschraube festgesetzt werden, so hätte er nicht gehoben werden können, ohne daß Spuren von Gewalt hinterlassen wären.

Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage, indem es an-

nahm, daß die erwähnte Bestimmung der Polize nur eine Wiederholung des § 4 Abs. 4 der allgemeinen Versicherungsbedingungen sei, wonach die Beklagte nicht für Schäden haftet, die der Versicherte durch Vorsatz oder grobes Verschulden verursacht oder begünstigt hat, und daß dem Kläger grobes Verschulden nicht zur Last falle.

Auf Berufung des Beklagten erfolgte Abweisung der Klage.

Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die Revision konnte keinen Erfolg haben.

Der Entscheidung des Berufungsgerichtes liegt die Annahme zu Grunde, der Kläger habe nach dem Versicherungsvertrage den Beweis zu führen, daß zur Zeit des Einbruches das Geschäftslokal an den Schaufenstern mit Sicherheitsvorrichtungen versehen und ordnungsmäßig verschlossen gewesen sei, den letzteren Beweis aber nicht geführt. Der Revisionskläger bekämpft diese Grundlage der Entscheidung nach jeder Richtung.

Zunächst wird von ihm ausgeführt: nach den für Versicherungsverträge maßgebenden Auslegungsnormen dürften Präklusiv- und ähnliche Bestimmungen der Polize nicht nach dem starren Wortlaute und nicht unabhängig von der Frage des Verschuldens ausgelegt werden, und zwar im vorliegenden Falle umsoweniger, als schon die Bestimmung in § 4 Nr. 4 der allgemeinen Versicherungsbedingungen darauf hinweise, und der Kläger nicht am Orte der versicherten Filiale Herten, sondern in Bochum seinen Wohnsitz habe. Die Absicht der Kontrahenten könne unmöglich dahin gegangen sein, daß die Sicherungsvorrichtungen zur Zeit des Diebstahles thatsächlich zur Anwendung gebracht worden seien. Diese Ausführungen sind nicht geeignet, eine Gesetzesverletzung darzuthun. Die Gefahr, welche der Versicherer bei der Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl übernimmt, hängt so sehr von der Beschaffenheit der versicherten Gegenstände sowohl als namentlich von der Art und Weise, wie dieselben aufbewahrt werden, ab, daß der Versicherer, wenn er nicht alle Vorsicht außer acht lassen will, genötigt ist, hierauf vor Abschluß des Vertrages sein Augenmerk zu richten, und mit Rücksicht auf das Ergebnis dieser Ermittelung Veranlassung nehmen wird, nach Maßgabe desselben den Vertrag zu fassen und insbesondere den von vornherein einfürallemal festgestellten allgemeinen Versicherungsbedingungen besondere Ab-

machungen hinzuzufügen, und es kann nach den Umständen des Falles als das allein Sachgemäße sich herausstellen, die Zahlung der Versicherungssumme davon abhängig zu machen, daß der Versicherungsnehmer bei Verwahrung der versicherten Gegenstände fortgesetzt gewisse Sicherungsmaßregeln zur Anwendung bringt. Das letztere ist nach Annahme des Berufungsgerichtes im vorliegenden Falle geschehen. Das Berufungsgericht legt in seinen Erwägungen freilich ein Hauptgewicht auf den Wortlaut der oben im Thatbestande mitgeteilten Klausel, welche mit den Worten beginnt: „Die Gültigkeit der Versicherung wird dadurch bedingt". Dies widerspricht aber durchaus nicht der Sachlage, da es sich bei der Versicherung wesentlich um Juwelierwaren handelte, die fern von dem Wohnorte des Geschäftsinhabers in einem kleinen Orte hinter dem Schaufenster aufbewahrt wurden, Thatsachen, die der Versicherungsgesellschaft alle Veranlassung gaben, die Zahlung der Versicherungssumme von Anwendung der vorhandenen Sicherungsvorrichtungen zur Zeit des Diebstahles abhängig zu machen. Die Sorge für den ordnungsmäßigen Verschluß gehörte sonach zu den vertragsmäßigen Verpflichtungen des Versicherungsnehmers, deren Erfüllung er, wie bei jedem zweiseitigen Vertrage, beweisen muß, wenn er seinerseits Erfüllung beansprucht; der Berufungsrichter bezeichnet dies in der Weise, daß er von einer Suspensivbedingung spricht, deren Eintritt der Kläger zu beweisen habe, wodurch der Gegensatz zu der Bestimmung in § 4 Nr. 4 der allgemeinen Bedingungen hervorgehoben werden soll, da, wenn diese allein in Betracht käme, die Beklagte allerdings ein Verschulden des Klägers, also gewissermaßen den Eintritt einer Resolutivbedingung, zu beweisen haben würde." ...

---

67. 1. Ist die Rechts- und Erwerbsfähigkeit der Gewerkschaft auf den Betrieb des verliehenen Bergwerkes und der damit zusammenhängenden Geschäfte beschränkt?

Preuß. Allg. Berggef. §§ 94 u. 96.

2. Ist es einer zu Recht bestehenden Gewerkschaft, deren verliehenes Bergwerk nicht betrieben wird, gesetzlich verwehrt, auf nicht

verleihbare Mineralien, insbesondere in der Provinz Hannover auf Kalisalze, aus dem Rechte des Grundeigentümers Bergbau zu treiben?

3. Kann ein Gewerke die Zahlung der auf Grund und gemäß — nicht angefochtenen — Gewerkschaftsbeschlusses erforderten Zubuße aus dem Grunde verweigern, daß dieselbe zu einem nicht zum Betriebe des verliehenen Bergwerkes gehörigen Unternehmen bestimmt ist?

Preuß. Allg. Berggef. § 102 Abs. 2. § 115.

V. Civilsenat. Urt. v. 28. September 1901 i. S. Gewerkschaft H. S. (Kl.) w. Sch. (Bekl.). Rep. V. 241/01.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Klägerin ist seit 1873 eine Gewerkschaft neuen Rechtes, gegründet auf ein in den 1830er Jahren verliehenes Erzbergwerk „Silberberg" im Kreise Siegen, welches zur Zeit nicht betrieben wird. Dagegen betreibt die Klägerin, nachdem sie im Jahre 1896 unter Bestätigung des Oberbergamtes den Namen „Hansa-Silberberg" angenommen und ihren Sitz nach Herne (bei Bochum) verlegt hatte, in der Provinz Hannover, wo Steinsalz und die mit diesem zusammen vorkommenden Salze nicht zu den regalen Mineralien gehören, Kalisalzbergbau auf Grund einer von den Grundeigentümern in E. erworbenen Bohrgerechtigkeit. Ein Statut, in welches der Betrieb des Kalisalzbergbaues aufgenommen worden, hat nicht die Bestätigung des Oberbergamtes erlangt.

Der Beklagte ist mit 75 Kuxen (von 1000) an der Gewerkschaft beteiligt. Durch die Gewerkenbeschlüsse vom 27. August 1898 und vom 11. November 1899 wurde zum Betriebe des Salzbergbaues in E. eine nach Bedarf einzuziehende Zubuße von 500 ℳ pro Kux festgesetzt und davon zum 15. Dezember 1899 und 1. Februar je 100 ℳ und zum 15. August abermals 100 ℳ von jedem Kux eingefordert. Der auf Zahlung der ausgeschriebenen Zubußen gerichteten Klage hat der Beklagte widersprochen, hauptsächlich aus dem Grunde, weil die Gewerkschaft als solche nicht berechtigt sei, Kalisalzbergbau in Hannover zu betreiben, daher auch nicht berechtigt, Zubußen lediglich für diesen Betrieb auszuschreiben.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klagan-

trage; dagegen erachtete der Berufungsrichter den Einwand des Beklagten für begründet und erkannte demgemäß auf Abweisung der Klage.

Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufgehoben und das Urteil erster Instanz wiederhergestellt worden aus folgenden

Gründen:

„Die Revision ist begründet.

1. Nach § 96 Allg. Berggef. kann die unter der Herrschaft dieses Gesetzes errichtete oder umgewandelte (Gesetz vom 9. April 1873 § 235) Gewerkschaft unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Bergwerken und Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Damit ist der Gewerkschaft juristische Persönlichkeit beigelegt; sie ist eine juristische Person. Daß die Gewerkschaft neueren Rechtes diese Eigenschaft hat, darüber herrscht kein Streit; wohl aber besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob ihr diese Eigenschaft und die daraus sich ergebenden Befugnisse unbeschränkt beiwohnen, oder nur in der Beschränkung auf das verliehene Bergwerk und etwa die mit diesem in (wirtschaftlicher) Verbindung stehenden Unternehmungen (Nebenbetriebe). Diese zweite Ansicht wird vertreten von Brassert (Kommentar S. 287 zu § 96), Klostermann-Fürst (Note 1 zu § 96), Oppenhoff (Note 553). Auf diesem Standpunkt steht auch das vom Berufungsrichter in Bezug genommene Urteil des Oberlandesgerichtes Braunschweig vom 5. Oktober 1900 (abgedruckt in Brassert's Zeitschrift Bd. 42 S. 353), und das Berufungsgericht hat sich dieser Rechtsansicht angeschlossen. Dagegen hat das Revisionsgericht für die entgegengesetzte, von Arndt (Kommentar Note 1 zu § 96), Esser (Die Gewerkschaft S. 22), Hense (in Brassert's Zeitschrift Bd. 40 S. 325), Rönne (Allgemeines Berggesetz S. 131) vertretene Ansicht, also für die unbeschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit einer zu Recht bestehenden Gewerkschaft sich entschieden.

Die juristische Person steht in Ansehung ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit auf dem Gebiete des Vermögensrechtes der physischen Person grundsätzlich gleich. Daß gewisse Rechtsgeschäfte der staatlichen Korporationen der Genehmigung der Aufsichtsbehörden bedürfen, begründet einen inneren Unterschied nicht. Die Gewerkschaft aber steht in ihren Rechtsgeschäften überhaupt nicht unter behördlicher

Aufsicht. Es mag mit Grund bezweifelt werden, ob eine Einschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit auf einen gewissen Kreis von Rechtsgeschäften mit dem Begriff der juristischen Person überhaupt vereinbar ist. Jedenfalls bedürfte es ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, um eine solche Einschränkung annehmen zu können. Der Wortlaut des § 96 Allg. Berggef. ist aber ganz klar und verträgt eine einschränkende Auslegung nicht. Daß die Rechtsgeschäfte einer juristischen Person sich regelmäßig in dem ihrer Zweckbestimmung entsprechenden Kreise bewegen werden, trifft nicht bloß bei den Gewerkschaften zu. Daraus folgt aber nicht, daß außerhalb der Grenzen des Korporationszweckes vorgenommene Rechtshandlungen nichtig sind, wie sie es sein müßten, wenn man hinsichtlich ihrer der Korporation die Rechtspersönlichkeit absprechen wollte.

Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 4 § 282 S. 684, 7. Aufl.

Man müßte dann z. B. auch annehmen, daß — ein Fall, der wohl selten sich ereignen dürfte, aber doch vorkommen kann — eine Gewerkschaft als solche auch durch Erbschaft oder Vermächtnis einen außerhalb des Betriebes des verliehenen Bergbaues liegenden Erwerb, etwa eines Grundstückes, einer Abbaugerechtigkeit, nicht machen könnte. Es würde ihr ja die Rechts- und Erwerbsfähigkeit fehlen, die auch für den Erwerb durch letztwillige Verfügung erforderlich ist. Daß das absurd wäre, liegt auf der Hand. Ebensowenig aber kann die Gewerkschaft von dem Erwerb von Sachen und Rechten irgend welcher Art durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden grundsätzlich ausgeschlossen werden, und hat sie einen solchen Erwerb gemacht, so kann sie auch die erworbene Sache oder das erworbene Recht so ausnutzen, wie es der bisherige Eigentümer oder Berechtigte konnte. Das folgt aus der unbeschränkten Herrschaft, die der Eigentümer über die ihm gehörige Sache, der dinglich oder persönlich Berechtigte über das erworbene Recht ausübt. Erwirbt also beispielsweise eine Gewerkschaft ein Grundstück, so ist sie kraft ihres Eigentumsrechtes auch befugt, die in dem Grundstücke etwa befindlichen Fossilien, soweit sie nicht der Verfügung des Grundeigentümers entzogen sind, zu gewinnen. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn nicht das Grundeigentum, sondern ein dingliches oder persönliches Recht, gewisse der Verfügung des Grundeigentümers unterliegende Mineralien aufzusuchen und zu gewinnen, den Gegen-

stand des Rechtserwerbes bildet. In allen diesen Fällen ist es der Bergbau des Grundeigentümers, um den es sich handelt. Dabei ist festzuhalten, daß in allen Fällen nur die juristische Person der Gewerkschaft das Subjekt des Rechtserwerbes ist, nicht die Summe der einzelnen Kuxinhaber. Die rechtliche Natur der Gewerkschaft als juristischer Person schließt es aus, ihr in Ansehung gewisser für die Gewerkschaft erworbener Vermögensrechte eine Gemeinschaft (vgl. §§ 741 flg. B.G.B.) der jeweiligen Kuxinhaber zu substituieren. Beide sind verschiedene Rechtssubjekte.

2. Für die bisher behandelte und verneinend entschiedene principielle Frage, ob die in § 96 Allg. Berggef. der Gewerkschaft verliehene Rechts- und Erwerbsfähigkeit auf den Betrieb des verliehenen Bergwerkes und die damit zusammenhängenden Geschäfte zu beschränken sei, ist es grundsätzlich ohne Belang, ob das erworbene Recht oder Eigentum zu einem mit dem verliehenen Bergwerkseigentume in keinem Zusammenhange stehenden bergbaulichen Unternehmen benutzt wird, oder irgend einem anderen nicht bergbaulichen Zwecke dient. Praktisch aber wird die Frage regelmäßig nur werden, wenn es, wie im vorliegenden Falle, eine Gewerkschaft unternimmt, auf partikularrechtlich nicht verleihbare Mineralien unter Beibehaltung ihrer gewerkschaftlichen Verfassung Bergbau zu treiben. Darin soll nach Ansicht des Berufungsrichters eine Umgehung des Gesetzes liegen, deren Ergebnis die richterliche Anerkennung versagt werden müsse. Der Berufungsrichter legt hierbei das entscheidende Gewicht darauf, daß der Kalibergbau der einzige Betrieb der Klägerin ist, und nimmt an, daß das Gesetz die Möglichkeit einer Gewerkschaft für einen Kalibergbau allein bewußt nicht umfasse, nicht umfassen wolle. Daraus folgt aber zunächst nur, daß eine Gewerkschaft zum Zwecke des Kalibergbaues in Hannover, ingleichen einer sächsischen Kohlenabbaugerechtigkeit, einer Eisenförderung in Schlesien nicht gegründet werden, daß eine Gewerkschaft auf einer solchen Grundlage nicht entstehen kann. In diesem Sinne kann vielleicht eine Umgehung des Gesetzes darin gefunden werden, wenn eine Gesellschaft allein zum Zwecke eines nicht regalen Bergbaues sich zusammen thut und sodann, lediglich um für diesen Bergbau der Vorzüge der gewerkschaftlichen Verfassung teilhaft zu werden, ein nicht betriebenes und vielleicht nie mehr zu betreibendes Bergwerk an sich bringt. In einem solchen Fall hat das Kammer-

gericht (Johow, Jahrbuch Bd. 22 S. 148) in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen angenommen, daß eine Gewerkschaft überhaupt nicht entstanden sei, und aus diesem Grunde die Eintragung der Gewerkschaft als Eigentümerin von zum Betriebe von Braunkohlenbergbau von ihr erworbenen und ihr aufgelassenen Grundstücken versagt. „Ob ebenso zu entscheiden wäre, wenn die Gewerkschaft zunächst rechtsgültig entstanden wäre, und erst hinterher die erworbene Rechtsfähigkeit dazu „gemißbraucht" hätte, auf einem außerhalb ihres gesetzlichen Wirkungskreises liegenden Gebiete thätig zu werden," läßt das Kammergericht dahingestellt, — ebenso wie es hier dahingestellt bleiben muß, inwieweit sein Beschluß nach Lage des Falles gerechtfertigt war. Im vorliegenden Falle besteht über die Existenz der klagenden Gewerkschaft kein Streit. Der Berufungsrichter stellt fest, daß sie aus einer Gewerkschaft alten Rechtes nach § 235a Allg. Berggef. in eine Gewerkschaft neuen Rechtes mit den Befugnissen des § 96 umgewandelt worden ist. Die hierdurch erlangte Rechtspersönlichkeit ist durch den Betrieb des verliehenen Bergwerkes nicht bedingt. Es würde auch der Streitfall grundsätzlich nicht anders liegen, wenn das verliehene Bergwerk thatsächlich im Betrieb stände, da auch in diesem Falle der Kalibergbau der Klägerin augenscheinlich nicht als ein Nebenbetrieb des ersteren angesehen werden könnte.

Es muß nun zugegeben werden, daß das gesetzgeberische Motiv bei Ausstattung der Gewerkschaft mit juristischer Persönlichkeit nur das gewesen ist, eine für den Betrieb des Bergbaues auf die von der Verfügung des Grundeigentümers ausgeschlossenen Mineralien geeignete (habilere, als die bisherige war,) Gesellschaftsform zn schaffen, und es mag sein, daß eine Bethätigung der den Gewerkschaften gewährten Erwerbs- und Handlungsfähigkeit über den Betrieb ihres Bergwerkes, und was damit zusammenhängt, hinaus ganz außerhalb der Voraussicht und Absicht des Gesetzgebers lag. Aber ein entgegengesetzter (konträrer) Wille des Gesetzes, d. h. ein Verbot an die Gewerkschaften, die ihnen gewährte Rechts- und Handlungsfähigkeit zu anderen Zwecken als für das verliehene Bergwerk zu gebrauchen, kann gegenüber der klaren Bestimmung des § 96 aus den Vorschriften über die Gewerkschaften nicht entnommen werden. Und wenn der Berufungsrichter aus den hannoverschen Provinzialgesetzen vom 8. Mai 1867 (betreffend die Einführung des Allgemeinen Berggesetzes in der

Provinz Hannover) und vom 14. Juli 1895 den Satz herleitet, daß die Gewerkschaftsverfassung auf die Kalibergwerke in Hannover keine Anwendung findet, so folgt doch daraus nur, daß eine Gewerkschaft für den Kalibergbau in Hannover nicht gebildet werden kann, nicht aber, daß eine zu Recht bestehende Gewerkschaft nicht als Eigentümerin oder aus dem Rechte des Grundeigentümers Kalibergbau treiben dürfe. Hiernach kann darin, daß die klagende Gewerkschaft in Hannover eine Bohrberechtigung auf Kalisalze erworben hat und ausübt, eine Umgehung des Gesetzes, ein Unterfangen in fraudem legis nicht gefunden werden, und zwar umsoweniger, als nicht ersichtlich ist, inwiefern dadurch ein öffentliches (etwa volkswirtschaftliches) oder privates Interesse verletzt wird. Was insbesondere die einzelnen Gewerken betrifft, so ist es nicht erfindlich, welches Interesse ein solcher haben kann, den rechtlichen Bestand der Gewerkschaft selbst oder doch des von dieser allein betriebenen Unternehmens anzugreifen und damit seinem eigenen Teilnahmerecht den Boden zu entziehen. Die letzte Konsequenz der Annullierung aller auf das fragliche Unternehmen bezüglichen Beschlüsse und Rechtsgeschäfte würde ein rechtliches und wirtschaftliches Chaos sein.

3. Kann sonach der klagenden Gewerkschaft auch in Ansehung des von ihr betriebenen Kalibergbaues die rechtliche Existenz nicht abgesprochen, und können auch die von ihr in diesem Unternehmen vorgenommenen Handlungen und Unternehmungen nicht als (wegen Umgehung des Gesetzes) nichtig angesehen werden, so kann das hier streitige Rechtsverhältnis nur nach den Normen des Gewerkschaftsrechtes beurteilt werden.

Nach § 102 Abs. 2 Allg. Berggesetz sind die Gewerken verpflichtet, die Beiträge, welche zur Erfüllung der Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft und zum Betriebe erforderlich sind, nach Verhältnis ihrer Kuxe zu zahlen.

Um den Repräsentanten oder Grubenvorstand zur Erhebung dieser Beiträge zu ermächtigen, bedarf es eines Beschlusses der Gewerkenversammlung (§ 120 a. a. O.), der, wie jeder Gewerkschaftsbeschluß, von jedem Gewerken innerhalb einer Frist von 4 Wochen mit der Begründung, daß er nicht zum Besten der Gewerkschaft (nach deren gesetzlichen und statutenmäßigen Zwecken) gereiche, angefochten werden kann (§ 115 a. a. O.). Hat, wie im vorliegenden Falle, der

Gewerke von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht, so kann er gegenüber der Klage der Gewerkschaft mit Einreden, die die Zweckbestimmung und Verwendung der ausgeschriebenen Zubußen betreffen, nicht gehört werden und bleibt zur Zahlung verpflichtet, solange er nicht durch Preisgabe seiner Kuxe gemäß § 130 a. a. O. seine Verurteilung oder deren Vollstreckung abwendet.

Auch diesen Weg hat der Beklagte nicht eingeschlagen. Er will also die Zubuße nicht zahlen, doch aber seinen Anteil am Gewerkschaftsvermögen behalten. Will er letzteres, so kann er sich auch der Zahlung der formell legal und materiell unangefochten ausgeschriebenen Zubuße nicht entziehen.

Nach alledem war das angefochtene Urteil, weil es auf einer Verletzung der Rechtsnormen über die Gewerkschaft, insbesondere des § 96 Allg. Berggef. beruht, aufzuheben." . . .

---

68. Umfang der Stempelbefreiung bei der amtlichen Beglaubigung von Unterschriften unter Urkunden, deren Inhalt eine Eintragung in das Grundbuch betrifft.

Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 Tarifstelle 77 lit. e.

VII. Civilsenat. Urt. v. 1. Oktober 1901 i. S. A. (Kl.) w. preuß. Steuerfiskus (Bekl.). Rep. VII. 227/01.

I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Aus den Gründen:

„Es handelt sich darum, ob die Beglaubigung von Unterschriften, welche der Kläger als Notar in der ersten Hälfte des Jahres 1900 bezüglich verschiedener mit Hypothekenbestellung verbundener Schuldverschreibungen vorgenommen hat, der Befreiungsvorschrift unter lit. e zur Tarifstelle 77 (amtliche Zeugnisse in Privatsachen) des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 unterliegt, wenngleich in den Dokumenten zugleich die Klausel enthalten ist: „Für alle Klagen aus dieser Urkunde ist auch das Amtsgericht in S. zuständig." Die Vorinstanzen haben mit Rücksicht auf diesen Vertragsinhalt die

Anwendung jener Gesetzesbestimmung verneint, welche letztere dahin geht, daß stempelfrei sind die Beglaubigungen von Unterschriften unter Anträgen und Verhandlungen, die nach ihrem Inhalt ausschließlich zu einer Eintragung oder Löschung in öffentlichen, das Eigentum und die Belastung von Grundstücken und selbständigen Gerechtigkeiten feststellenden Büchern erforderlich sind. Danach ist die auf Rückzahlung des auf Grund der erwähnten Tarifstelle 77 von dem verklagten Fiskus erhobenen Stempelbetrages gerichtete Klage abgewiesen.

Die erhobene Revision erscheint hinfällig. Nach der nicht zu beanstandenden Feststellung des Berufungsgerichtes hat durch die fragliche Klausel die Einrede der Unzuständigkeit auch gegenüber der persönlichen Klage abgeschnitten werden sollen, deren Geltendmachung auf Grund des in der Urkunde niedergelegten Schuldbekenntnisses vor dem Amtsgerichte in S. erfolgt. Insoweit ist nun aber jede Beziehung der in Rede stehenden Stipulation zu der mittels der Hypothekbestellung zu bewirkenden Grundstücksbelastung ausgeschlossen. Damit liegt vor, daß der Abrede in Rücksicht auf ihren hervorgehobenen Inhalt dingliche Wirksamkeit durch Eintragung nicht zu teil werden kann. Dies hat die Nichtanwendung der obigen Befreiungsvorschrift zur Folge, deren Voraussetzung nach ihrem klaren Wortlaut das Fehlen einer derartigen Festsetzung in der Urkunde ist, unter der sich die amtlich beglaubigte Unterschrift befindet." ...

---

69. Trifft der Bereicherungsklage gegenüber den befriedigten Hypothekengläubiger die Beweislast für das Bestehen eines anderen Schuldgrundes, als welcher für die Hypothek im Grundbuche eingetragen war?

V. Civilsenat. Urt. v. 5. Oktober 1901 i. S. B. (Kl.) w. Gl. (Bekl.). Rep. V. 191/01.

I. Landgericht Bochum.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Für den Beklagten stand früher auf der damals dem Kläger gehörigen Besitzung „Zum Salamander" in B. eine Darlehnshypothek von

27000 ℳ nebst Zinsen eingetragen. Die Besitzung wurde vom Kläger durch Vertrag vom 31. Juli 1897, zu welchem auch der Beklagte zugezogen worden ist, gegen Grundstücke in E. eingetauscht. Bei der Abwickelung dieses Tauschgeschäftes wurde die Hypothek des Beklagten mit dessen Zustimmung auf dem Grundstück „Zum Salamander" gelöscht, und ihm dafür auf den eingetauschten Grundstücken eine neue, zu $4^1/_2$ Prozent verzinsliche Hypothek im Betrage von 35000 ℳ eingetragen. Welcher Schuldgrund für sie im Grundbuch angegeben ist, ist nicht festgestellt. Der Kläger behauptet, in Höhe des überschießenden Betrages von 8000 ℳ bestehe diese neue Hypothek überhaupt nicht zu Recht; denn in dieser Höhe sei sie nur eine Kautionshypothek gewesen, die sich inzwischen erledigt habe. Der Beklagte bestreitet dies und behauptet, die überschießenden 8000 ℳ seien ihm auf Grund einer Abrechnung mit dem Kläger für Zinsrückstände, für Auslagen und als Entschädigung für die Bemühungen zugebilligt worden, die er im Interesse des Klägers aufgewendet habe. Feststeht, daß dem Beklagten später die vollen 35000 ℳ ausgezahlt worden sind. Der Kläger hält ihn daher in Höhe von 8000 ℳ für bereichert, und zwar auf seine — des Klägers — Kosten, weil dieser die mit der Hypothek von 35000 ℳ belasteten Grundstücke vorher weiter verkauft und sein Abkäufer die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen habe. Er verlangt daher Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 8000 ℳ nebst Zinsen. Die Vorinstanzen haben die Entscheidung von einem Eide abhängig gemacht, durch welchen der Beklagte die Behauptung, daß die Hypothek in Höhe der streitigen 8000 ℳ als Kautionshypothek bestellt worden sei, widerlegen soll. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„Die Revision konnte keinen Erfolg haben. Ihr Hauptangriff geht dahin, daß der Berufungsrichter die Grundsätze über die Beweislast verkannt habe und dadurch zur Auferlegung eines richterlichen Eides an den Beklagten . . . gelangt sei. Denn der Berufungsrichter gehe davon aus, daß den Beklagten keine Beweislast dafür treffe, daß die von ihm angegebenen Forderungen beständen, und daß für sie die Hypothek auf den E.'er Grundstücken in Höhe der den Betrag von 27000 ℳ überschießenden 8000 ℳ bestellt worden sei. Dies sei aber nicht richtig, oder es werde wenigstens durch die vom

Berufungsrichter getroffenen Feſtſtellungen nicht begründet. Denn es komme darauf an, welcher Schuldgrund bei der fraglichen Hypothek von 35000 ℳ im Grundbuch eingetragen ſei. Sei dort ein anderer Schuldgrund angegeben, als welcher jetzt vom Beklagten der Hypothek untergeſchoben werde, ſo müſſe auch der Beklagte die Beweislaſt für das Beſtehen der von ihm jetzt geltend gemachten Forderungen, ſowie die Beweislaſt dafür übernehmen, daß die Hypothek für ſie beſtellt worden ſei. Der Berufungsrichter hätte daher, bevor er ſich über die Beweislaſt ſchlüſſig machen konnte, feſtſtellen müſſen, wie die Hypothek im Grundbuch eingetragen ſei, und darin, daß dies nicht geſchehen, gleichwohl aber angenommen worden ſei, nicht der Beklagte, ſondern der Kläger ſei beweispflichtig, liege ein weſentlicher Mangel des angefochtenen Erkenntniſſes. Daß dieſe unrichtige — oder wenigſtens durch die getroffenen Feſtſtellungen nicht begründete — Verteilung der Beweislaſt zu der Auferlegung eines Eides an den Beklagten mitgewirkt habe, ergebe ſich daraus, daß der Berufungsrichter ſelbſt ſage, es bedürfe dieſes Eides mit Rückſicht auf die gegen die Richtigkeit der Anführungen des Beklagten ſprechenden Bedenken.

Der Angriff iſt nicht begründet; er verkennt, daß es ſich hier nicht um Geltendmachung der Hypothek, ſondern um eine Bereicherungsklage handelt, mit welcher von dem Hypothekengläubiger, nachdem er befriedigt worden iſt, die Herauszahlung eines Betrages verlangt wird, den er ohne Rechtsgrund erhalten haben ſoll. Den Beweis, daß der Beklagte bereichert ſei, hat der Kläger zu führen. Es iſt richtig und vom Reichsgericht für das frühere preußiſche Recht wiederholt anerkannt worden,

vgl. die Nachweiſungen bei Turnau, Preuß. Grundbuchordn. Note 3 zu § 37 Eig.-Erw.-Geſ. S. 749,

daß der Hypothekengläubiger, wenn er bei Geltendmachung der Hypothek dieſer ein anderes perſönliches Schuldverhältnis ſubſtituiert, als für welches die Hypothek eingetragen iſt, damit auch den Nachweis übernimmt, daß das andere Schuldverhältnis beſtehe, und daß zu ſeiner Sicherung die Hypothek beſtellt worden ſei. Aber die Reviſion geht fehl, wenn ſie hieraus ſchließen will, daß auch der Hypothekengläubiger, nachdem er befriedigt worden iſt, noch den Nachweis übernehmen müſſe, daß der Hypothek ein gültiger Schuldtitel zu Grunde gelegen habe. Der befriedigte Hypothekengläubiger hat in Anſehung der

Hypothek überhaupt nichts mehr zu beweisen; wird ihm gegenüber behauptet, daß er durch Einziehung der Hypothek bereichert worden sei, weil dieser ein persönliches Schuldverhältnis überhaupt nicht zu Grunde gelegen habe, so kann er den Nachweis dieser Behauptung erwarten. Dies ist der vom Berufungsrichter mit Recht eingenommene Standpunkt." . . .

---

70. Umfang des Rechtes des Gegenüberliegers auf Zurückleitung des Wassers nach § 13 Nr. 2 des Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843.

V. Civilsenat. Urt. v. 5. Oktober 1901 i. S. Firma Gebr. Br. u. Gen. (Bekl.) w. Graf v. B.-Kl. (Kl.). Rep. V. 190/01.

I. Landgericht Hagen i. W.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 23 S. 85 abgedruckt.

---

71. Zur Bestimmung des Begriffes „Verbrauch" im Sinne der Befreiungsvorschrift unter Nr. 3 der Tarifstelle 32 (Kauf- und Tauschverträge) des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895.

VII. Civilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1901 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. offene Handelsgesellschaft D. (Kl.). Rep. VII. 242/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin hat mit der Königlichen Eisenbahndirektion in B. in den Jahren 1896 bis 1898 drei Verträge geschlossen, durch welche sie die Lieferung von Stabeisen, Schweiß-Flußeisen, Winkeleisen, Eisenblech und Kesselblech an diese übernahm. Sie begehrt mit der gegenwärtigen Klage die Erstattung des von ihr hierfür erforderten und von ihr bezahlten Lieferungsstempels auf Grund der Befreiungs-

vorschrift Ziffer 3 der Tarifstelle 32 und der Behauptung, daß diese Eisenwaren zum Zwecke der Verwendung im Betriebe der Eisenbahndirektion angeschafft seien, insbesondere zum Bau von Waggons, Reparatur von Lokomotiven, Lowries ꝛc. Der Beklagte hat dem widersprochen.

Ein in erster Instanz vernommener Sachverständiger hat bekundet, die von der Klägerin der Eisenbahnverwaltung gelieferten Waren seien Halbfabrikate, die in den Werkstätten der Eisenbahnverwaltung zum Ersatz der reparaturbedürftig gewordenen Teile von Lokomotiven und Wagen, auch wohl zur Ergänzung der abgängigen Transmissionen, des Handwerkszeuges und der Arbeitsmaschinen in den Werkstätten verwendet würden. Es würden demgemäß aus den ursprünglich glatten Stäben und ebenen Blechen Zughaken, Bremsgestänge, Förderkästen und Gehänge, Wagenrungen, Kettenglieder, Pufferstangen, Bestandteile der Lokomotivkessel und deren Umkleidung u. s. w. hergestellt, und zwar auf dem Wege, daß die gelieferten Eisenmengen gerichtet, in passende Längen abgeteilt, ausgeschmiedet, gebogen, gehobelt, gedreht, gebohrt und sonstwie behandelt würden, sodaß sie ihre ursprüngliche Eigenschaft als Halbfabrikate völlig verlören.

Der erste Richter hat in dieser Verwendung der Eisenwaren einen unmittelbaren Verbrauch im Gewerbe des Eisenbahnfiskus im Sinne der in Bezug genommenen Befreiungsvorschrift gesehen und daher dem Klagantrage entsprochen; der Berufungsrichter hat dagegen diese Vorschrift für unanwendbar erachtet, weil der Verwendungszweck der gelieferten Waren ergebe, daß sie in Gestalt von rollendem Material und Teilen desselben dem Eisenbahnfiskus zum dauernden Gebrauch dienen sollten.

Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „Bei der Revision der Klägerin handelt es sich um die Frage, was unter „Verbrauch im Gewerbe" im Sinne der Befreiungsvorschrift Nr. 3 der Tarifstelle 32 zu verstehen ist. Der IV. und der III. Civilsenat des Reichsgerichtes (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 42 S. 233; Gruchot, Beiträge Bd. 42 S. 1149; Juristische Wochenschrift 1899 S. 426 Nr. 11) haben diesen Ausdruck dahin aufgefaßt, daß darunter diejenige Benutzung der Sache zu begreifen sei, welche in deren Ver-

nichtung oder Zerstörung bestehe, ohne die die Sache den Nutzen nicht gewähren könne, zu dem sie bestimmt sei. Selbst wenn man nun bei der Bestimmung des Begriffes des Verbrauches über die in diesen Entscheidungen aufgestellte Schranke der physischen Vernichtung der Sache, d. h. des einzelnen Stoffgebildes, hinausgehen wollte, so ist jedenfalls, wie sich aus der sprachgebräuchlichen Anwendung des Ausdruckes und aus der Entstehungsgeschichte der Stempelvorschrift ergiebt, so viel gewiß, daß ein dauernder Gebrauch des Gegenstandes im Gewerbe mit dem Begriff des Verbrauches im Sinne der streitigen Vorschrift unvereinbar ist. Dabei macht es für die Thatsache dieses dauernden Gebrauches keinen Unterschied, ob die erworbene Sache ihre Form und Gestalt ändert, ihre Selbständigkeit verliert, mit anderen Gegenständen vereinigt und zu deren Bestandteil gemacht wird, also bearbeitet oder verarbeitet wird; in allen diesen Vornahmen, die an und mit der Sache getroffen werden, ist ein „Verbrauch" im Sinne der streitigen Stempelvorschrift nicht zu erblicken; eine Auffassung, für die nicht ohne Grund die weitere Bestimmung a. a. O., daß Kaufverträge über Sachen, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind, stempelfrei sein sollen, und zwar auch im Falle der Bearbeitung und Verarbeitung, verwertet werden kann, da hieraus jedenfalls soviel erhellt, daß der Gesetzgeber die Bearbeitung oder Verarbeitung einer Sache nicht unter deren Verbrauch begriffen haben kann.

Im gegenwärtigen Falle handelt es sich lediglich um eine Bearbeitung und Verarbeitung der von der Klägerin der Eisenbahndirektion in B. gelieferten Eisenwaren; diese sollten nach solcher Bearbeitung und Verarbeitung dem Betriebe der Eisenbahndirektion dauernd dienen. Daß bei solcher dauernder Benutzung der Begriff der Dauer nicht zu eng gefaßt werden darf, braucht kaum hervorgehoben zu werden. Jede Benutzung führt mit der Zeit eine Abnutzung herbei, und je häufiger und stärker die Benutzung ist, desto rascher wird eine Abnutzung und damit ein Unbrauchbarwerden des betreffenden Gegenstandes für die Zwecke, für welche sein Gebrauch bestimmt ist, eintreten. Der Begriff der Dauer ist mit anderen Worten ein relativer; dies ändert aber nichts an der Begriffsverschiedenheit des Gebrauches, welcher die Dauer in sich schließt, von dem Verbrauch, dem dieses Begriffsmerkmal fehlt."

72. Zwangsvollstreckung aus einer Arrestvormerkung des bisherigen preußischen Rechtes nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze.

V. Civilsenat. Urt. v. 12. Oktober 1901 i. S. Z. (Kl.) w. Z. (Bekl.). Rep. V. 199/01.

I. Landgericht Posen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 28 S. 106 abgedruckt.

---

73. Ist der Mieter einer Wohnung oder einer zum Betriebe eines Gewerbes dienenden Räumlichkeit berechtigt, vom Vermieter die Gestattung des Anschlusses an den Fernsprechverkehr und die Abgabe der hierzu erforderlichen Einwilligungserklärung zu verlangen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 17. Oktober 1901 i. S. K. (Kl.) w. le Cl. (Bekl.). Rep. VI. 220/01.

I. Landgericht Dortmund.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Kläger hatte durch Vertrag vom 16. Mai 1894 vom Beklagten das Erdgeschoß und den ersten Stock des diesem gehörigen Hauses W.'weg Nr. 8 zu Dortmund auf 8 Jahre zum Betriebe eines Schuhwarengeschäftes in dem im Erdgeschoß angelegten Ladenlokal um den Jahresmietzins von 4500 ℳ gemietet. Wegen Erlangung eines Fernsprechanschlusses für dieses Lokal trat er mit der Kaiserlichen Oberpostdirektion zu Dortmund in Verbindung; diese verlangte die Beibringung einer von dem Beklagten als dem Hausbesitzer zu unterzeichnenden Erklärung folgenden Inhaltes:

„Ich erkläre mich damit einverstanden, daß die Kaiserliche Oberpostdirektion zu Dortmund auf und an meinem Hause nicht nur die zur Einrichtung von Sprechstellen in meinem Hause notwendigen, sondern auch alle diejenigen Vorrichtungen (Gestänge, Stützen, Isolatoren ꝛc) anbringt, welche zur Herstellung oder zum weiteren Ausbau des Fernsprechnetzes in Dortmund erforderlich sind, und

zwar unter der Bedingung, daß die Kaiserliche Oberpostdirektion für die Rechnung der Reichspostkasse die infolge Anbringung besagter Vorrichtungen an den Gebäudeteilen entstehenden Schäden sofort ausbessern und jene Vorrichtungen nach einjähriger Kündigung meinerseits von dem betreffenden Hause entfernen läßt. Auch bin ich damit einverstanden, daß meine etwaige Kündigung immer nur dergestalt berechnet wird, daß die einjährige Frist von dem auf den Kündigungstag folgenden 1. April oder (falls die Kündigung nach dem 1. April, jedoch vor Ablauf des Monats September erfolgt) vom 1. Oktober ab zu laufen beginnt."

Der Beklagte erklärte sich zur Unterzeichnung nur unter der Bedingung bereit, daß die Bestimmung, wonach sein Haus auch für die Zwecke des weiteren Ausbaues des Fernsprechnetzes von der Postverwaltung benutzt werden dürfe, in Wegfall gestellt, und daß statt der für die Entfernung der Vorrichtung gesetzten Frist bestimmt werde, die Entfernung habe sofort nach Beendigung der Mietzeit des Klägers zu erfolgen. Der Kläger forderte die uneingeschränkte Genehmigung jener Erklärung und erhob Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen: 1. die zur Einrichtung einer Fernsprechstelle für das Geschäft des Klägers erforderlichen Vorrichtungen an seinem Hause geschehen zu lassen; 2. die hierfür erforderlichen Willenserklärungen der Kaiserlichen Oberpostdirektion zu Dortmund gegenüber abzugeben. Der Beklagte bat um Abweisung der Klage, erklärte sich aber zur Abgabe einer Erklärung jenes beschränkten Inhaltes bereit. Die vorderen Instanzen wiesen die Klage ab. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Das Landgericht ist bei seiner Entscheidung von folgenden Erwägungen ausgegangen. Nach den in Dortmund obwaltenden Geschäfts- und Verkehrsverhältnissen sei zwar die Herstellung einer Fernsprecheinrichtung für das Geschäftslokal des Klägers als innerhalb eines ordnungsmäßigen Gebrauches im Sinne von § 270 A.L.R. I 21 liegend zu erachten; die zulässige Grenze dieses Gebrauches müsse jedoch da gezogen werden, wo die für den Fernsprechanschluß erforderlichen Einrichtungen am Miethause für den Vermieter irgend welchen Schaden oder eine nennenswerte Belästigung bedeuten. Betrachte man daraufhin den Inhalt der dem Beklagten abgeforderten

schriftlichen Willenserklärung, so sei ersichtlich jene Grenze nicht unerheblich überschritten. Der Beklagte solle auch für eine Erweiterung des Fernsprechnetzes, also für anderweite, der Zahl nach unbegrenzte Anschlüsse an andere Häuser sein Haus zur Verfügung stellen, d. h. die Einrichtungen von Stützen und Gestängen für dieselben auf seinem Haus geschehen lassen. Daß die Anlagen für solche Einrichtungen vielgestaltiger seien, als diejenige für einen einzelnen Anschluß, sei eine der täglichen Beobachtung in einer Stadt wie Dortmund entsprechende Thatsache. Ebenso natur- und erfahrungsgemäß sei es, daß bei jeder neuen Erweiterung und jeder vorkommenden Reparatur die oberen Teile des Hauses von Telephonarbeitern betreten werden müßten. Hiernach solle der Beklagte sich zur Duldung von Einrichtungen unbegrenzten und unabsehbaren Umfangs verpflichten, die mit erheblichen Belästigungen für ihn verbunden seien; die ihm abgeforderte Willenserklärung würde ihn nötigen, einen unzulässig ausgedehnten Gebrauch des Hauses seitens des Mieters zu gestatten.

Das Berufungsgericht hat sich diesen Ausführungen angeschlossen....

Die Revision macht zunächst geltend, die Vorinstanzen hätten auch von dem von ihnen vertretenen Standpunkt aus wenigstens dem Klagantrag unter 1 entsprechen müssen, zumal da der Beklagte nach dieser Richtung ein Anerkenntnis abgelegt habe. Der Angriff geht fehl. Abgesehen davon, daß ein Anerkenntnis überhaupt nicht vorliegt, muß eine Verurteilung des Beklagten nach dem Klagantrag unter 1 schon nach der von dem Kläger geschilderten Sachlage als ausgeschlossen gelten, sobald sich der Klagantrag unter 2 als unbegründet erweist. Denn nach der Behauptung des Klägers gewährt ihm die Postverwaltung den Fernsprechanschluß nur unter der Bedingung, daß Beklagter die mit der Klage geforderte Erklärung in schriftlicher Form abgiebt. Die Abgabe dieser Erklärung ist sonach die Voraussetzung der Herstellung des Fernsprechanschlusses. Wird die Verpflichtung zur Abgabe jener Erklärung verneint, so würde eine Verurteilung zur Duldung der zur Einrichtung einer Fernsprechstelle erforderlichen Vorrichtungen nach Lage der Sache gegenstandslos sein. Der Kläger hat auch nirgends zu erkennen gegeben, daß er mit dem Klagantrag unter 1 einen selbständigen Anspruch verfolgen wolle.

Unbegründet ist ferner der Vorwurf der Revision, die Vor-

instanzen hätten die Behauptung des Klägers, daß die Postverwaltung dem Beklagten ausdrücklich erklärt habe, es solle auf dem Giebel seines Hauses nur eine kleine Stütze mit einem Isolator angebracht werden, völlig übersehen habe. Die behauptete Thatsache ist für die Entscheidung des Rechtsstreites so unerheblich, daß aus der Unterlassung ihrer Würdigung nicht auf ein Übersehen geschlossen werden kann. Denn es handelt sich nicht darum, ob der Beklagte lediglich jenen unbedeutenden Eingriff in sein Eigentum zu dulden verbunden ist, sondern darum, ob von ihm die Ausstellung einer Erklärung gefordert werden kann, in der er sich zur Duldung weitgehender Beeinträchtigungen seines Eigentums verpflichtet. Selbst wenn die Reichspostverwaltung in rechtsverbindlicher Weise dem Beklagten sich verpflichtet haben sollte, von der in der Erklärung enthaltenen Ermächtigung nur in jener beschränkten Weise Gebrauch zu machen, so ist doch nicht abzusehen, zu welchem Zwecke dann vom Beklagten eine Erklärung so weittragenden Inhaltes anstatt einer lediglich die wirklich beabsichtigte Benutzung normierenden Erklärung gefordert würde. Der Beklagte kann nur zur Ausstellung einer solchen Erklärung für verbunden erachtet werden, die nicht über das Maß dessen hinausgeht, was er nach dem mit dem Kläger abgeschlossenen Mietvertrag zu dulden hat.

In dieser Beziehung ist aber den Ausführungen im landgerichtlichen Urteil durchgängig beizutreten. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Mieter auf Grund von § 270 A.L.R. I 21 vom Vermieter fordern kann, daß dieser die Herstellung einer Fernsprechanlage in den Mieträumen gestatte, und in welcher Weise der Vermieter dabei mitzuwirken hat, kann nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalles beantwortet werden. So hat der erkennende Senat in dem in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 37 S. 212 flg. abgedruckten Urteile ausgeführt, daß, wenn die Herstellung einer Fernsprecheinrichtung nach der konkreten Sachlage, insbesondere nach den Anforderungen des in den Mieträumen betriebenen Geschäfts und des Kampfes mit der Konkurrenz, als dringendes Bedürfnis des Gebrauches der Mieträume zu erachten sei, während anderseits die Herstellung auf Kosten des Mieters dem Vermieter weder irgend welchen Schaden, noch eine nennenswerte Belästigung bringe, die Versagung der Duldung gegen die auch für Mietverhältnisse geltenden Grundsätze der bona fides, gegen die Vertragstreue, verstoße. Der Vermieter ist daher

mangels gegenteiliger ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung nur dann verpflichtet, die Herstellung einer Fernsprechanlage in den Mieträumen zu dulden und die zu dieser Herstellung erforderliche Erklärung abzugeben, wenn nach der konkreten Sachlage der Fernsprechanschluß als ein Bedürfnis des Gebrauches der Mieträume erachtet werden muß und dem Vermieter weder Schaden, noch nennenswerte Belästigung bringt. In letzterer Beziehung unterscheidet sich der vorliegende Fall ganz wesentlich von dem in dem vorerwähnten Urteil behandelten. In diesem Falle hatte der verklagte Vermieter die Erteilung seiner Einwilligung zum Anschluß des klagenden Mieters überhaupt verweigert; es war ferner festgestellt, daß zur Herstellung der Anlage nur ein ganz unerheblicher Eingriff in das Eigentum des Vermieters erforderlich sein würde; es wurde zwar auch damals vom Mieter die Verurteilung des Vermieters zur Abgabe „der erforderlichen Willenserklärung" gegenüber der Reichspostverwaltung begehrt; aber über den Inhalt dieser Willenserklärung waren keine Angaben gemacht worden, sodaß der erkennende Senat, und, wie aus dem gesamten Inhalte des Revisionsurteiles zu entnehmen, auch die Instanzgerichte von der Annahme ausgehen mußten und ausgegangen sind, es handle sich bei jener Willenserklärung nur um ein einfaches Einverständnis mit der Herstellung des Fernsprechanschlusses schlechthin, beziehungsweise zugleich mit jenen unbedeutenden Eingriffen in das Mauerwerk des Hauses. Wesentlich anderer Art und zu schweren Belästigungen auch über die Dauer des Mietvertrages hinausführend sind dagegen, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, die Verpflichtungen, die der Beklagte inhalts der ihm abgeforderten Erklärung übernehmen soll. Eine Verpflichtung zur Duldung von Vorrichtungen am Hause, welche nicht für die Einrichtung und die Instandhaltung der Sprechstelle des Mieters erforderlich sind, sondern dem weiteren Ausbau des Fernsprechnetzes dienen sollen, liegt außerhalb der Zwecke des Mietvertrages; ihre Übernahme kann dem Vermieter mangels besonderer, hier nicht behaupteter Umstände nicht zugemutet werden." ...

74. Ist die Ersitzbarkeit des Rechtes, Bäume auf einem in fremdem Eigentume stehenden Wege zu haben, zu pflanzen und zu nutzen, durch die Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821 ausgeschlossen worden?

VII. Civilsenat. Urt. v. 29. Oktober 1901 i. S. der Gemeinheitst.-Interessenten zu St. (Kl.) w. Sch. (Bekl.). Rep. VII. 371/01.

I. Landgericht Stargard i. P.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Der Beklagte nimmt als Eigentümer des Grundstückes Nr. 6 in St. das Recht in Anspruch, die Bäume, welche auf der im Tenor des Berufungsurteiles bezeichneten Strecke des ebendaselbst bezeichneten, der Gesamtheit der Gemeinheitsteilungsinteressenten von St. gehörigen Weges stehen, zu haben und zu nutzen, letzteres insbesondere in der Weise, daß er die Bäume fällt, für sich veräußert und an Stelle der auf diese oder in anderer Weise beseitigten Bäume neue wieder anpflanzt. Die Kläger, welche diesen Anspruch nicht anerkennen, haben klagend beantragt, den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß ihm jenes Recht nicht zustehe, wogegen der Beklagte um Abweisung der Klage gebeten und widerklagend beantragt hat, die Kläger zur Anerkennung des von ihm beanspruchten Rechtes zu verurteilen.

Die Revision gegen das nach den Anträgen des Beklagten und Widerklägers ausgefallene Berufungsurteil ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„Der Erwerb des von dem Beklagten und Widerkläger geltend gemachten Rechtes ist lediglich auf Ersitzung gestützt worden.

Es fragt sich daher in erster Reihe, ob dieses Recht, wie die Kläger behauptet haben, zu denjenigen Dienstbarkeiten gehört, bezüglich deren durch die Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821 und deren Ergänzung vom 2. März 1850 der Erwerb durch Ersitzung ausgeschlossen worden ist. Diese Frage hat der Berufungsrichter mit Recht verneint. Zutreffend legt dieser dar, daß § 2 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821, wodurch „Forstberechtigungen zum Mitgenuß von Holz" für ablösbar erklärt sind, und die jene Bestimmung näher erläuternden Vorschriften der §§ 118 flg., insbesondere § 128, welcher von dem Rechte handelt, „vermöge dessen die

Besitzer von Äckern, Wiesen und zur Forst nicht gehörigen Weiderevieren verbunden sind, das auf ihren Grundstücken aufschlagende Holz oder gewisse Arten desselben bis zur Haubarkeit fortwachsen und von einem Dritten benutzen zu lassen", auf das hier in Rede stehende, im § 243 A.L.R. I 22 näher bezeichnete superficiarische Recht, auf fremdem Grund und Boden Bäume zu pflanzen und zu nutzen, sich nicht beziehen. In diesem Sinne hat sich auch bereits das Obertribunal ausgesprochen (Entsch. desselben Bd. 52 S. 48), und es erscheint um so unbedenklicher, dieser Auffassung zu folgen, als der § 128 ausdrücklich nur von Äckern, Wiesen und Weiderevieren spricht, während es sich hier um Bäume, die auf einem Wege stehen, handelt, und als ferner der Grund und Zweck jener Bestimmungen, nämlich der, die Beseitigung der der Landeskultur schädlichen Dienstbarkeiten herbeizuführen, hinsichtlich der fremden Rechte, die an den auf Wegen befindlichen Bäumen bestehen, nicht in Betracht kommen kann." ...

---

75. Unterliegt das Versprechen einer Geldzahlung, welches sich ausschließlich als Teil eines einheitlichen, auf Gegenseitigkeit der Verpflichtungen beruhenden Vertrages darstellt, dem Schuldverschreibungsstempel?

Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 § 10 Abs. 3, Tarifstellen 58. 71.

VII. Civilsenat. Urt. v. 1. November 1901 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. P. Straßenbahn-Aktiengesellschaft (Kl.). Rep. VII. 254/01.

I. Landgericht Posen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Zwischen der klagenden Aktiengesellschaft und mehreren Gemeinden sind Verträge über die Verlängerung der P. Straßenbahn in die Gemeindebezirke hinein und über den Betrieb derselben geschlossen, laut deren die Gemeinden sich u. a. auch zur Leistung von Zuschüssen verpflichtet haben. Zu jedem der Verträge ist ein Stempel von 1,50 ℳ verwendet. Die Steuerbehörde erblickt in den die Entrichtung der Zuschüsse betreffenden Bestimmungen stempelpflichtige

Schuldverschreibungen und hat mit Bezug auf Pos. 58 des Tarifes die Nachzahlung von $^1/_{12}$ des Kapitalbetrages einer jeden derselben erfordert. Klägerin hat den Betrag unter Vorbehalt bezahlt und verlangt jetzt seine Rückerstattung. In erster Instanz ist der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Auch die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das angefochtene Urteil stützt sich auf die Vorschrift im letzten Absatze des § 10 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895, welche die doppelte Voraussetzung enthält, daß die einzelnen in einer Urkunde enthaltenen Geschäfte sich als Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäftes darstellen, und daß das letztere nach dem Tarif steuerpflichtig ist.

Gegenüber der Ansicht des Beklagten, nach welcher lediglich bedingte, auf Gewährung von Zuschüssen gerichtete Versprechen beurkundet sein, also ausschließlich Schuldverschreibungen vorliegen sollen, stellt der Berufungsrichter fest, daß, der Wortfassung der Urkunden entsprechend, seitens beider Kontrahenten die wechselseitige Übernahme von Leistungsverbindlichkeiten gewollt ist. Klägerin hat diesen Feststellungen zufolge, soviel zunächst die Gemeinde J. betrifft, dieser gegenüber die Verbindlichkeit übernommen, eine ihrer Linien nach J. hinein zu verlängern und die neue Strecke zunächst mit Pferden und demnächst mit elektrischer Kraft zu betreiben, so lange ihre Konzession in dem Stadtgebiete P. währt, mit der Maßgabe, daß für die in § 12 des Vertrages bezeichneten Fahrten je 10 ₰ für die Person zu erheben sind. Von der Gemeinde dagegen ist der Klägerin das ausschließliche Recht des Straßenbahnbetriebes eingeräumt, auch die Verbindlichkeit übernommen, das Pflaster zu unterhalten, zu befestigen, zu reinigen und den Schnee abzufahren, auch einen Zuschuß in Gelde zu gewähren. Gleichartigen Inhaltes ist der Vertrag mit der Gemeinde W. Aber auch für die Gemeinde St. L. ist ungeachtet der Eingangsworte des mit derselben abgeschlossenen Vertrages in Rücksicht auf seine späteren Bestimmungen derselbe Vertragsinhalt festgestellt; übrigens würde auch, wenn eine Bedingung vereinbart wäre, diese nicht nur das Zuschußversprechen, sondern den Vertrag nach seiner Totalität betreffen.

Im Hinblick auf das Verhältnis vollständiger Abhängigkeit, in welchem nach den Feststellungen des Berufungsrichters die von der

einen Seite übernommenen Verbindlichkeiten zu denen der anderen stehen, müssen die Verträge als synallagmatische betrachtet werden. Ob die Feststellungen thatsächlich zutreffend sind, unterliegt nicht der Nachprüfung in gegenwärtiger Instanz; auf einen prozessualen Verstoß sind sie nicht zurückzuführen. Die Revision glaubt, dem Berufungsrichter eine Verkennung der Sachlage vorwerfen zu können, indem sie ausführt, zwischen der Klägerin und den Gemeinden bestehe nicht das Verhältnis gleichberechtigter Kontrahenten, dergestalt daß den letzteren ein klagbares Recht auf Herstellung und Betrieb der Straßenbahn gegen Leistung der festgesetzten Beträge zustände, sondern Klägerin habe die Bahn lediglich für sich bauen sollen, sie sei Bauherr gewesen und habe als solcher von den drei Gemeinden die beregten Zuschüsse verlangt. Der Angriff geht aber fehl. Sieht man auch von der einseitigen Betonung des Zuschußversprechens der Gemeinden im Gegensatze zu deren sonstigen Leistungen ab, so ist es in Fällen der vorliegenden Art doch keineswegs ausgeschlossen, daß nach dem geeinten Willen beider Vertragschließenden auch die Gemeinde einen Rechtsanspruch gegen die Unternehmerin erwerben soll, wenngleich der pekuniäre Ertrag des Unternehmens lediglich der letzteren zufließt. Die Gemeinde hat ein Interesse daran, eine den Gemeindemitgliedern nützliche, dem Aufblühen des Ortes förderliche Straßenbahnverbindung entstehen zu sehen. Die Einrichtung und der Betrieb einer solchen können daher, auch wenn die Bahn Eigentum der Unternehmerin bleibt, sehr wohl den Charakter einer Leistung an die Gemeinde haben und sind deshalb zum Gegenstande einer Vertragsverbindlichkeit ihr gegenüber geeignet. Dasselbe würde aber auch dann gelten, wenn es sich lediglich um Leistungen an Dritte handelte, deren Interessen wahrzunehmen die Gemeinde sich zur Aufgabe gemacht hätte. Insbesondere trifft dies zu, wenn, wie hier, ein bestimmter Maximalbetrag des Fahrgeldes bedungen ist. Daß aber die Ausführung des Transportes im einzelnen Falle eine geschuldete Leistung gegenüber der Person darstellt, welche sich durch Lösung einer Fahrkarte ein Anrecht auf dieselbe erworben hat, hindert nicht, in der Einrichtung und Führung des Betriebes zugleich die Erfüllung einer Vertragspflicht gegenüber der Gemeinde zu erblicken. Es ist hiernach auch ohne Belang, daß die Gesellschaft den pekuniären Ertrag des Unternehmens für sich bezieht.

Aus dem angegebenen Charakter der Geschäfte folgt hier aber zugleich ihre Einheitlichkeit. Die mehreren verpflichtenden Erklärungen sind nicht nur äußerlich miteinander verbunden, sondern stehen vermöge ihrer wechselseitigen Abhängigkeit und Bedingtheit in einem solchen Verhältnisse zu einander, daß mit dem Ausscheiden einer einzelnen die Identität des Vertrages aufgehoben sein würde. Im Sinne des Civilrechtes liegt nur ein Rechtsgeschäft vor. Diese Einheit findet ihre Grundlage in dem Parteiwillen; aber insofern, als durch ihn ein Vertrag geschaffen ist, den die Rechtsordnung als ein Einheitsgeschäft anerkennt. Schon für das vor dem Gesetze vom 31. Juli 1895 geltende Stempelrecht war in der Rechtsprechung anerkannt, daß die in einem Vertrage als Gegenleistung übernommene Zahlung einer Geldsumme, da sie eben einen Teil des Geschäftes bildet, nicht aus dem Zusammenhange losgelöst und mit dem Schuldverschreibungsstempel neben dem Vertragsstempel belegt werden dürfe (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 193). Diese Auffassung hat auch vom legislatorischen Standpunkte aus Zustimmung gefunden; in den Motiven zu § 10 des Entwurfes des Stempelgesetzes ist bemerkt, der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sei beizupflichten, wonach für den Begriff der Verschiedenheit der in einer Urkunde enthaltenen Geschäfte nicht die Bestimmungen des Stempeltarifes, sondern die Normen des bürgerlichen Rechtes maßgebend seien, dergestalt daß eine Verhandlung, welche verschiedene im Stempeltarif besonders vorgesehene Geschäfte umfaßt, die sich nach civilrechtlichen Begriffen aber nur als ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen, auch nur mit demjenigen Stempel zu belegen sei, welchen dieses Rechtsgeschäft nach dem Tarif erfordert. Das Gesetz hat demnächst die oben angegebene Fassung erhalten. Im gegenwärtigen Falle sind selbst im Sinne der einzelnen Positionen des Tarifes nicht mehrere Geschäfte nebeneinander vorhanden, sondern nur für einen Teil des Geschäftes kann die einmalige Anwendung der Tarifstelle „Schuldverschreibungen" überhaupt in Frage kommen, während im übrigen eine Aussonderung eines Bestandteiles aus dem Gesamtgeschäfte als besonders zu versteuerndes Geschäft auch im Tarife keine Grundlage finden würde. Umsomehr ist hier nur das Einheitsgeschäft als Ganzes zu berücksichtigen.

Nicht erforderlich ist, daß, wie der Berufungsrichter annimmt, das Geschäft zu den benannten Verträgen im Sinne des örtlich an-

wendbaren Rechtes gehört. Ob ein Vertrag eine specielle Bezeichnung erhalten, und ob unter dieser die Voraussetzungen seiner Gültigkeit und seiner Rechtsfolgen, namentlich auch seine Naturalien, speciell geregelt sind, oder ob nur die allgemeinen Vorschriften, insbesondere die über Gegenseitigkeitsverträge, zur Anwendung kommen, ist für den § 10 des Gesetzes nicht von entscheidender Bedeutung; es kommt nur darauf an, daß er einen so ausgeprägten Inhalt hat, daß über die Einordnung der einzelnen Beredungen in den Vertrag als grundsätzliche Bestandteile desselben und demgemäß über seine Individualität und seine Grenzen kein Zweifel besteht, daß er seinem Wesen nach ohne Änderung seines Inhaltes nicht geteilt werden kann, auch keine der ihn bildenden Willenserklärungen civilrechtlich eine Regelung gefunden hat, infolge deren sie auch im Zusammenhange des Gesamtgeschäftes als besonderes Rechtsgeschäft erhalten bleibt. Im vorliegenden Falle können Bedenken nach keiner Richtung hin entstehen; die einzelnen wechselseitigen Versprechen haben civilrechtlich außer als Bestandteile des Vertrages überhaupt keine Existenz.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 42 S. 180. 191. 192.

Mit Recht ist auch die zweite der oben genannten Voraussetzungen, daß nämlich das einheitliche Rechtsgeschäft als solches nach dem Tarife steuerpflichtig ist, als gegeben angenommen; auf dasselbe trifft die Tarifstelle 71 Nr. 2 zu, laut deren Verträge über sonstige vermögensrechtliche Gegenstände (sc. als unter 1 angegeben), wenn keine andere Tarifstelle zur Anwendung kommt, mit einem Steuersatze von 1,50 ℳ zu belegen sind.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 46 S. 256.

Die Revision hat dies mit der Ausführung bekämpft, daß gerade die Tarifstelle „Schuldverschreibungen" zur Anwendung komme; dem kann aber nicht zugestimmt werden. Der Vertrag als Gesamtheit fällt nicht unter den Begriff der Schuldverschreibung. Das einzelne Versprechen des Zuschusses in seiner Isolierung aber, auf welches die Anwendung der Tarifstelle 58 in Frage kommen kann, erschöpft nicht den Inhalt des der Versteuerung zu unterwerfenden Vertrages, ist nicht identisch mit ihm als einer Einheit."

76. Inwieweit findet die Bestimmung des § 10 Abs. 2 des preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874, daß die Werterhöhung, welche das abzutretende Grundstück erst infolge der neuen Anlage erhält, bei Bemessung der Entschädigung nicht in Anschlag kommt, auch dann Anwendung, wenn die Enteignung erst erfolgt, nachdem die Anlage, für welche das Enteignungsrecht erteilt ist, von dem Unternehmer im wesentlichen bereits fertiggestellt ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 12. November 1901 i. S. Konkurs H. (Kl.) w. Stadtgemeinde Köln (Bekl.). Rep. II. 270/01.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht ist bei Festsetzung der der klägerischen Konkursmasse für das dem Gemeinschuldner H. enteignete Grundstück zu gewährenden Entschädigung davon ausgegangen, daß der durch die Schlachthofanlage der verklagten Stadtgemeinde herbeigeführte Mehrwert der enteigneten Parzelle nicht zu berücksichtigen sei, weil dem die Bestimmung des § 10 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874, daß eine Werterhöhung, welche das abzutretende Grundstück erst infolge der neuen Anlage erhalte, bei Bemessung der Entschädigung nicht in Ansatz komme, entgegenstehe.

Diese Annahme ist aber nach der in den Instanzen festgestellten thatsächlichen Sachlage rechtlich unzutreffend, weil die Schlachthofanlage für die vorliegende Enteignung als neue Anlage im Sinne der bezogenen Bestimmung nicht erachtet werden kann.

Der Schlachthof war, als die Enteignung gegen H. im Jahre 1893 erfolgte, zum größten Teile bereits in der Ausführung begriffen; einzelne Gebäude waren fertiggestellt. Die Erwerbung des für denselben erforderlichen Grund und Bodens ist mindestens vier Jahre vorher und überhaupt nicht im Wege des Enteignungsverfahrens, sondern durch freihändigen Ankauf von dem Nebenintervenienten W. erfolgt. Wenn aber ein Unternehmer eine Anlage projektiert und in Angriff nimmt, bezw. im wesentlichen fertigstellt und erst dann, nachdem durch die vorhandene Anlage bereits eine Erhöhung der Werte der angrenzenden Grundstücke eingetreten ist, weitere Grund-

stücke im Wege der Enteignung hinzuerwirbt, so kann von einer neuen Anlage, deren Einwirkung auf den Wert nach § 10 Abs. 2 nicht zu berücksichtigen sei, nicht die Rede sein. Es steht dann vielmehr eine infolge einer bestehenden, bezw. in der Entstehung begriffenen Anlage bereits zur Zeit der Enteignung vorhandene Werterhöhung in Frage, die nicht unter die bezogene Bestimmung fällt, und es greift in einem solchen Falle lediglich der Grundsatz Platz, daß die Entschädigung nach dem zur Zeit der Enteignung vorhandenen Werte zu bestimmen ist. Unerheblich ist demgegenüber der vom Oberlandesgerichte hervorgehobene Umstand, daß die in Frage stehende Parzelle zu der Fläche gehört hat, die von vornherein für den Schlachthof bestimmt gewesen ist, und daß dieses dem Gemeinschuldner H. bekannt war. Dieses lediglich eine innere Angelegenheit der verklagten Stadtgemeinde bildende Projekt kann als solches keinen Einfluß auf die Frage haben, auf welcher Grundlage die Höhe der Entschädigung für die enteignete Parzelle festzusetzen ist. Ebenso ist es ohne Bedeutung zur Sache, aus welchem Grunde die Enteignung gegen H. erst lange Zeit nach dem Erwerbe der übrigen Grundstücke für die Schlachthofanlage und deren Inangriffnahme, folgeweise so spät geschah, daß dieselbe nicht mehr als für eine neue Anlage erfolgt angesehen werden kann.

Wenn die verklagte Stadt sich gegen diese, auch von der Revision in erster Linie geltend gemachte Annahme auf die Entstehungsgeschichte des § 10 a. a. O. und insbesondere auf die Ablehnung eines auf die vorliegende Frage bezüglichen Abänderungsantrages in den Kommissionsverhandlungen des Herrenhauses,

vgl. Eger, Enteignungsgesetz Bd. 1 S. 273. 274,

beruft, so ist dieser Ausführung nicht beizupflichten. In den Motiven zu § 10 ist als Grund, weshalb die Werterhöhung, welche das Grundstück durch das Unternehmen selbst erlangt, für die Wertbestimmung nicht maßgebend sein soll, angeführt, daß diese Werterhöhung erst nach der Enteignung eintrete, und entscheidend für die Höhe der Entschädigung der Zustand zur Zeit der Enteignung sei. Dieser Gesichtspunkt ist, wenn er auch insoweit nicht ausnahmslos zutrifft, als eine Werterhöhung durch das Unternehmen infolge von Spekulation auch schon vor der Enteignung eintreten kann, doch durchgängig als für den Standpunkt des Gesetzes in der vorliegenden Frage maß-

gebend zu erachten, und es ergiebt sich aus den Verhandlungen in der Herrenhauskommission keine Abweichung von demselben. Ist aber der Zustand zur Zeit der Enteignung entscheidend, so muß die durch eine bereits hergestellte Anlage herbeigeführte Wertsteigerung mit berücksichtigt werden, auch wenn das zu enteignende Grundstück nachträglich für die Zwecke dieser Anlage verwendet werden soll, und dieserhalb das Enteignungsrecht erteilt worden ist.

Das auf dem entgegenstehenden rechtlichen Standpunkte beruhende Urteil des Oberlandesgerichtes mußte daher, ohne daß es eines Eingehens auf die weiteren Angriffe der Revision bedurfte, aufgehoben, und die Sache, da es bezüglich der Berufungen des Klägers sowohl wie der Beklagten noch auf weitere thatsächliche Erörterungen ankommt, zu weiterer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden."

---

77. Inwieweit ist der Oberpräsident zur Entscheidung über die Schiffbarkeit öffentlicher Flüsse zuständig?

Strombaugesetz vom 20. August 1883 § 1.

V. Civilsenat. Urt. v. 13. November 1901 i. S. B. & Co. (Kl.) w. L. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 247/01.

I. Landgericht Bochum.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Klägerin ist als Eigentümerin eines von der Ruhr abzweigenden und zu ihr zurückkehrenden Wasserlaufes, genannt „Mühlengraben", im Grundbuch eingetragen. Die Beklagten zu 1 und 3 befahren diesen Graben mit einem Boote, um nach einer ihnen gehörigen Fischerhütte zu gelangen; der Beklagte zu 2 setzt mit einem Motorboote Leute gegen Entgelt über. Die Klägerin, welche behauptet, daß der Graben durch Menschenhand hergestellt sei und sich seit unvordenklichen Zeiten im Privateigentum befinde, verlangt Verurteilung der Beklagten zur Anerkennung ihres Eigentumes und zum Unterlassen des Befahrens des Grabens. Die Beklagten begehren Abweisung der

Klage. Sie behaupten, daß der sogen. Mühlengraben ein öffentlicher Fluß, nämlich ein natürlicher und von Natur schiffbarer Teil der Ruhr sei, und daß ihnen überdies das Recht des Befahrens kraft Ersitzung zustehe.

Der erste Richter hat, nachdem auf sein Ersuchen der Oberpräsident im Einverständnisse mit dem Minister der öffentlichen Arbeiten die Auskunft gegeben hatte, daß seitens der Königlichen Staatsbehörden der Mühlengraben als öffentliches Gewässer betrachtet werde, auf Abweisung der Klage erkannt. Die Berufung der Klägerin ist, nachdem der Berufungsrichter zunächst durch Zwischenurteil erkannt hatte, daß der Mühlengraben als öffentlicher Fluß zu betrachten sei, zurückgewiesen worden.

Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen worden aus folgenden

Gründen:

. . . „Das Berufungsurteil leidet an Rechtsirrtum. Wenn die Zugehörigkeit des Mühlengrabens zur Ruhr feststände, würde es, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, noch der ferneren Feststellung der natürlichen Schiffbarkeit des Grabens bedürfen, um den Klaganspruch auszuschließen. Der Berufungsrichter meint, daß der Oberpräsident über diese Frage mit Ausschluß des Rechtsweges zu entscheiden und auch bereits zu Ungunsten der Klägerin entschieden habe. Wenn letzteres richtig wäre, würde es schwer zu erklären sein, wie der Berufungsrichter sich für berufen erachten konnte, das Zwischenurteil zu fällen; es ist aber weder letzteres noch ersteres richtig. Der Oberpräsident hat keine Entscheidung über die Schiffbarkeit getroffen, sondern auf Ersuchen des Gerichtes eine Auskunft darüber erteilt, welche Auffassung die Staatsbehörden über die rechtliche Natur des Grabens haben. Eine Entscheidung würde voraussetzen, daß sie auf Ansuchen der Parteien ergangen wäre. Nur dann würde auch der im § 1 des Strombaugesetzes vorbehaltene Rekurs an den Minister möglich sein. Überdies enthält die Auskunft des Oberpräsidenten nur eine Ansicht über die Öffentlichkeit, nicht auch über die Schiffbarkeit des Mühlengrabens. Davon abgesehen ist der Oberpräsident im vorliegenden Falle zur Entscheidung über die Schiffbarkeit nicht zuständig, selbst bei Unterstellung der Zugehörigkeit des Grabens zu der Ruhr.

Es ist stets von der allgemeinen Regel der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auszugehen und im einzelnen Falle zu untersuchen, ob Ausnahmegesetze, welche als solche einschränkend auszulegen sind, diese Zuständigkeit ausschließen. Hier kommt nur der § 1 des Strombaugesetzes in Frage, welcher bestimmt:

„Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle öffentlichen Flüsse, soweit deren Schiffbarkeit reicht. Über die Schiffbarkeit im Sinne dieses Gesetzes entscheidet im Zweifelsfalle mit Ausschluß des Rechtsweges .... der Oberpräsident."

Es ist damit deutlich ausgedrückt, daß die Entscheidung über die Schiffbarkeit nicht (wie Dernburg, Sachenrecht § 135 Anm. 2, und Nieberding-Frank, S. 59. 79, anzunehmen scheinen) schlechthin, sondern nur für die Anwendungsfälle des Strombaugesetzes dem Oberpräsidenten zugewiesen ist. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend nicht. Es stehen nicht Strombauregulierungsarbeiten und die Befugnis des Fiskus zu deren Vornahme in Frage, sondern es handelt sich lediglich um einen Streit von Privatparteien. Diesen haben die ordentlichen Gerichte auch hinsichtlich der Schiffbarkeit des streitigen Wasserlaufes zu entscheiden. Das Berufungsgericht hat über die Schiffbarkeit bisher nicht entscheiden wollen, und wenn sein Zwischenurteil dennoch in diesem Sinne aufgefaßt werden könnte, so würde die mit Gründen nicht versehene Auskunft des Oberpräsidenten keine genügende Grundlage für diese Entscheidung bieten."

---

78. Ist, wenn in einem Kaufvertrage über ein zur Schankwirtschaft eingerichtetes Grundstück eine besondere Vergütung für den Verzicht des Verkäufers auf die Wirtschaftskonzession festgesetzt ist, von dieser Vergütung der Kaufstempel nach Tarifstelle 32 a des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 geschuldet?

VII. Civilsenat. Urt. v. 19. November 1901 i. S. H. (Kl.) w. preuß. Steuerfiskus (Bekl.). Rep. VII. 308/01.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Obige Frage ist vom Reichsgericht verneint worden aus folgenden Gründen:

„Das Berufungsgericht gründet die Erhebung des in Tarifstelle 32a bestimmten Immobiliarkaufstempels von der für den Verzicht auf die Wirtschaftskonzession in § 6 des Vertrages vom 26. Mai 1898 festgesetzten Vergütung auf die Annahme, daß die Vertragschließenden diese Vergütung als weiteres, den Kaufpreis des Grundstückes erhöhendes Entgelt für dessen Veräußerung „gedacht und gewollt" haben. Diese Annahme, so wird ausgeführt, werde durch den Gesamtinhalt des Vertrages gerechtfertigt; Kläger habe ein zur Schankwirtschaft eingerichtetes und bestimmtes Grundstück kaufen, der Verkäufer ihm ein solches verkaufen wollen, wie namentlich aus der weiteren Vereinbarung hervorgehe, daß der Kaufvertrag ungültig sein solle, wenn Kläger seinerseits die Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb nicht erlangen sollte. Da die Aufgabe der Konzession durch den Verkäufer für die Vertragschließenden nur im Hinblick auf den Verkauf des Grundstückes von Interesse sei, so führe eine ungezwungene Auslegung zu der Annahme, daß die 15000 ℳ gedacht seien als Gegenwert für die dem Kläger gewährte Möglichkeit, ein zum Betriebe der Schankwirtschaft geeignetes Grundstück zu erwerben, also für die Übertragung des Grundstückes selbst, dessen Wert sich dadurch erhöhe, daß in demselben bisher Wirtschaft betrieben wurde, daß dasselbe eine gewisse Kundschaft hatte, und daß die Vorteile hieraus unter der Voraussetzung der Konzessionserlangung dem Käufer zu gute kommen. Es komme keineswegs auf den gemeinen Wert an, sondern auf den von den Parteien den Verhältnissen angepaßten Kaufpreis.

Soweit in diesen Erwägungen die Feststellung enthalten ist, daß es den Vertragschließenden darauf ankam, dem Kläger gegen die gesamte im Vertrage vereinbarte Vergütung ein zum Wirtschaftsbetriebe geeignetes Grundstück zu verschaffen und ihm die Fortsetzung der Wirtschaft zu ermöglichen, stehen ihnen Bedenken nicht entgegen. Nicht anerkannt werden aber kann die Rechtsanschauung, daß unter jener Voraussetzung die in § 6 vereinbarte Vergütung die Eigenschaft des Kaufpreises habe. Diese Eigenschaft würde ihr nur dann zukommen, wenn sie als Gegenleistung für die Übertragung einer Sache, dieses Wort im weitesten zulässigen Sinne genommen, festgesetzt wäre.

Eine nähere Betrachtung ergiebt aber, daß in § 6 der Verkäufer überhaupt nichts auf den Käufer überträgt, daß er vielmehr hier sich gegen Vergütung zu einer Handlung verpflichtet, nämlich zum Aufgeben der ihm erteilten Wirtschaftserlaubnis gegenüber der Verwaltungsbehörde. Von keiner Seite wird behauptet und kann behauptet werden, daß es sich etwa um Übertragung der Konzession handele; denn die nach § 33 Gew.O. zum Betriebe der Schankwirtschaft erforderliche Erlaubnis ist an die Person gebunden und einer Veräußerung nicht zugänglich. Nun kann freilich ein der Übertragung der Konzession wirtschaftlich gleichkommender Zustand dadurch erreicht werden, daß der Inhaber der Erlaubnis dieselbe aufgiebt und zugleich einen Anderen in die Lage versetzt, die Erlaubnis seinerseits zu erlangen; rechtlich kommt aber hierdurch nicht eine Übertragung des dem Verzichtenden zustehenden Rechtes auf den Anderen zustande; vielmehr werden nur im Vertragswege die thatsächlichen Unterlagen dafür geschaffen, daß der Andere nunmehr für seine Person die Befugnis zum Wirtschaftsbetriebe neu erlange. Es bleibt aber noch zu erwägen, ob nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, in einem solchen Falle mit dem Grundstücke selbst der durch den Wirtschaftsbetrieb begründete höhere Wert desselben von dem auf die Konzession verzichtenden Verkäufer als Gegenstand des Kaufes übertragen werde. Auch diese Frage muß verneint werden. Richtig ist allerdings, daß ein Grundstück, in welchem Schankwirtschaft mit Erlaubnis betrieben wird, dadurch an Wert gewinnen kann; es ist das der sogenannte außerordentliche Wert, der in § 114 A.L.R. I. 2 wie folgt definiert wird: „der außerordentliche Wert einer Sache erwächst aus der Berechnung des Nutzens, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann." Dieser außerordentliche Wert, dessen Berücksichtigung bei der Preisbestimmung im Falle eines Verkaufes an sich im Belieben der Vertragschließenden steht, ist jedoch, wie aus seinem Begriffe folgt, nicht unter allen Umständen übertragbar, weil das Verhältnis, von dem er abhängig ist, nicht immer übertragen werden kann; er ist nur für denjenigen vorhanden, der in dem Verhältnis steht, durch welches er begründet wird, und nur wenn dieses durch Übertragung der Sache bei dem Erwerber ebenfalls entsteht, geht der außerordentliche Wert von dem Veräußerer auf den Erwerber über. Muß letzterer das Verhältnis erst neu begründen,

durch das jener Wert geschaffen wird, so ist auch nicht mit Übertragung der Sache eine Übertragung des außerordentlichen Wertes verbunden. So liegt die Sache im vorliegenden Falle. Der Verkäufer war außer stande, den für seine Person durch die persönliche Konzession erhöhten Wert des Grundstückes durch einfachen Verkauf desselben zu übertragen; er konnte nur durch Übernahme der Verpflichtung zum Verzicht auf die Konzession dem Erwerber des Grundstückes die Möglichkeit verschaffen, jenen Wert auch für seine Person neu zu begründen. Wirtschaftlich kommt, wie bemerkt, dieser Vorgang dem einer Übertragung nahe; rechtlich liegt demselben eine neben dem Kaufvertrage über das Grundstück einhergehende Vereinbarung besonderer Natur zu Grunde. Der Umstand, daß die Vertragschließenden für den Fall der Nichterlangung der Konzession durch den Kläger die Aufhebung des Kaufvertrages vereinbart haben, stellt gerade klar, daß mit dem Grundstücke selbst der durch den Wirtschaftsbetrieb erhöhte Wert nicht übertragen werden konnte; nur wenn es dem Erwerber möglich sein wird, auch seinerseits dem Grundstücke diesen Wert zu verschaffen, soll der Veräußerungsvertrag bestehen.

Das Berufungsgericht beruft sich für seine Ansicht auf sieben Entscheidungen des Reichsgerichts, welche sämtlich Rechtsfälle zum Gegenstand haben, in denen es sich um den Verkauf eines zur Apotheke eingerichteten Grundstückes handelte, ohne daß ein Realprivilegium in Frage kam. Die in diesen Entscheidungen behandelten Stipulationen betreffen demnach ebenfalls persönliche, nicht übertragbare Konzessionen, wenn auch eine Zeit lang zufolge allerhöchster Bestimmung dem vom Veräußerer vorgeschlagenen qualifizierten Erwerber des Grundstückes die Konzession nicht versagt werden durfte.

Vgl. Pistor, Das Apothekenwesen in Preußen S. 31.

Die in jenen Entscheidungen entwickelten Grundsätze sind demnach allerdings für den vorliegenden Rechtsfall verwertbar. Dem letzteren gleich liegen nur die Fälle:

Urteil des IV. Senates vom 8. Mai 1885, abgedruckt in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 265; Urteil des II. Senates vom 23. November 1886, abgedruckt im preußischen Justizministerialblatt 1887 S. 282; Urteil des IV. Senates vom 8. Juni 1893, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift S. 371.

In allen diesen Fällen war neben dem Preise für das Grundstück

eine besondere Vergütung für den Verzicht des Verkäufers auf die Apothekerkonzession vereinbart, und die Berufungsgerichte hatten das Verlangen der Steuerbehörde, von dieser Vergütung den Immobiliarkaufstempel zu entrichten, auf Grund der Erwägung abgelehnt, daß eine solche Nebenabrede nicht unter den Begriff des Kaufgeschäftes falle. In dem erstgenannten Falle war in § 3 des Vertrages das Kaufgeld auf 51000 ℳ festgesetzt, und weiter bestimmt, es sollten gerechnet werden: 12000 ℳ auf das Kaufgeld für die Immobilien, 6000 ℳ auf die Mobilien und Waren, und 33000 ℳ auf die Konzessionsvaluta; das Berufungsgericht hatte aber festgestellt, und das Revisionsgericht erachtete sich daran für gebunden, daß die Kontrahenten neben der Preisbestimmung für die Mobilien und die Immobilien mit dem Ausdrucke „auf die Konzessionsvaluta" eine besondere Vergütung für die Konzessionsentsagung haben feststellen wollen, zu welcher Feststellung durch die Zusammenrechnung der Kaufpreise und dieser Valuta in § 3 besondere Veranlassung gegeben war. Alle diese Entscheidungen stimmen übrigens mit dem ausführlich begründeten Erkenntnis des vormaligen preußischen Obertribunals vom 25. Mai 1867 (Entsch. des Obertrib. Bd. 58 S. 396, bes. S. 408) überein.

Die vier anderen Entscheidungen, nämlich Urteile des IV. Civilsenates vom 1) 8. Oktober 1891, 2) 4. April 1895, 3) 1. April 1896, 4) 31. März 1898, abgedruckt im preuß. Justizministerialbl. 1892 S. 291 und in der Jurist. Wochenschrift 1896 S. 43 und 275, 1898 S. 313, betreffen Fälle, in denen entweder für den Verzicht auf die Konzession gar nichts Besonderes, sondern nur ein gemeinsamer Preis für Geschäft und Kundschaft (Nr. 1 und 2), oder ein gemeinsamer Preis für den Verzicht auf die Konzession und die Kundschaft (Nr. 3 und 4) vereinbart war. Die Erwägungen, welche der Entscheidung dieser Fälle zu Grunde liegen, sind sonach für den vorliegenden Fall, in welchem für den Verzicht auf die Konzession, und lediglich für diesen, eine besondere Vergütung vereinbart ist, nicht unmittelbar zu verwerten; es muß aber zweierlei bemerkt werden: einmal nämlich, daß sowohl das Urteil zu 3 als das zu 2, indem sie den Immobiliarkaufstempel auch von dem für Kundschaft und Geschäft vereinbarten Prise bewilligen, ausdrücklich hervorheben, der Fall würde anders liegen, wenn, wie im Falle Entsch. a. a. O. Bd. 13

S. 265, für den Verzicht auf die Konzession eine besondere Summe ausgeworfen wäre, wobei noch auf ein weiteres Urteil des IV. Senates vom 28. Januar 1886, abgedruckt in Gruchot's Beiträgen Bd. 30 S. 998, verwiesen wird. Ferner erachtet sich das Revisionsgericht in den genannten Fällen an die Feststellung des Berufungsgerichtes, daß Kundschaft und Geschäft von den Kontrahenten als werterhöhende Elemente des Preises für das Grundstück gedacht seien, oder daß umgekehrt (Nr. 4) die hierauf bezügliche Verabredung „nichts von dem veräußerten Grundstück umfasse", für gebunden, und es könnte den Anschein haben, als citiere das Berufungsgericht die sieben Urteile nicht sowohl für seine Ansicht in der Sache selbst, als vielmehr dafür, daß die Entscheidung des Rechtsfalles lediglich davon abhänge, wie die Vertragsparteien die Sache auffassen und das Berufungsgericht diese Auffassung feststelle. Demgegenüber ist nochmals darauf hinzuweisen, daß der vorliegende Fall von denjenigen Fällen, in denen zu entscheiden war, ob Kundschaft und Geschäft als Eigenschaft des Grundstückes in Betracht kamen, sich wesentlich unterscheidet, und daß, wie eingangs bemerkt, die vom Berufungsgericht bezüglich der wirtschaftlichen Absicht der Parteien getroffene Feststellung das Revisionsgericht nicht hindern kann, zu prüfen, ob die daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen zutreffend sind, oder nicht.

Demzufolge war das Berufungsurteil aufzuheben, und das Urteil des Landgerichtes, welches den Beklagten dem Antrage des Klägers gemäß zur Rückzahlung des von den 15000 ℳ erhobenen Immobiliarkaufstempels, abzüglich des allgemeinen Vertragsstempels, verurteilt, wieder herzustellen."

IV. Rheinisches Recht.

79. Kann, wenn unter Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft des Code civil besteht, die Ehefrau von dem Ehemanne im Ehescheidungsprozesse die Zahlung eines Kostenvorschusses verlangen?

II. Civilsenat. Beschl. v. 30. April 1901 i. S. L. Ehefr. (Kl.) w. L. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 59/01.

I. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Die Parteien in dem durch Klage der Ehefrau anhängig gewordenen Ehescheidungsprozesse hatten sich im Jahre 1876 zu Mannheim verehelicht und in dem Ehevertrage Errungenschaftsgemeinschaft nach Art. 1498 des in der bayerischen Rheinpfalz geltenden Code civil vereinbart. Nach Angaben in jenem Ehevertrage waren sie zur Zeit der Verehelichung bayerische Staatsangehörige; ihre Staatsangehörigkeit zur Zeit des Prozesses stand nicht ausdrücklich fest. Dagegen konnte den Akten entnommen werden, daß sie auch am 1. Januar 1900 ihren ehelichen Wohnsitz noch in Mannheim gehabt, und daß sie seitdem den ehelichen Wohnsitz nicht von da verlegt hatten. Gegen das die Scheidung der Ehe wegen Verschuldens des Beklagten aussprechende Urteil des Landgerichtes legte der verklagte Ehemann Berufung ein; die Klägerin begehrte durch ihren Prozeßbevollmächtigten bei dem Berufungsgerichte die Anordnung einer einstweiligen Verfügung wegen Leistung eines angemessenen Kostenvorschusses durch den Beklagten. Diesen Antrag hat das Oberlandesgericht als unbegründet zurückgewiesen auf Grund der Annahme, es fehle demselben an einer materiellen Grundlage; der Anspruch könne nicht auf die nach Art. 199 Einf.-Ges. zum B.G.B. nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilende

Unterhaltspflicht des Beklagten gegen die Klägerin und auf die diese Pflicht regelnden §§ 1360. 1361 B.G.B. gestützt werden, da die Pflicht zur Gewährung des Unterhaltes nicht auch die Pflicht in sich schließe, dem Unterhaltsberechtigten die Mittel zur Führung eines Rechtsstreites zu gewähren; der Anspruch könne aber auch nicht aus dem nach Art. 1498 Code civil zu beurteilenden Güterrechte der Ehegatten abgeleitet werden. Hiergegen richtete sich die Beschwerde, der auch stattgegeben wurde aus folgenden

Gründen:

. . . „Für die Entscheidung der Beschwerde kann nur die Frage maßgebend sein, ob das Begehren der Ehefrau in dem Güterrechte der Ehegatten seine materielle Grundlage finden könne. Diese Frage war entgegen der Annahme des Oberlandesgerichtes zu bejahen. Zunächst kann es einem Bedenken nicht unterliegen, daß das im Ehevertrage vereinbarte Güterrecht der Ehegatten durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches — Art. 200 Abs. 1 Einf.-Ges. zum B.G.B. — keine Änderung erlitten hat. Denn der badische Gesetzgeber hat von der Überleitung der altrechtlichen Ehen in die Güterstände des Bürgerlichen Gesetzbuches abgesehen. Soweit aber die Möglichkeit in Betracht zu ziehen wäre, daß die Parteien noch bayerische Staatsangehörige seien, so wäre dies, ohne daß es eines Eingehens in die sich hierher ergebenden Kollisionsfragen und in eine Auslegung des Art. 2 bad. Ausf.-Ges. zum B.G.B. bedürfte, schon um deswillen ohne Belang, weil die hier in Betracht kommenden Artt. 19—23 des bayerischen Gesetzes vom 9. Juni 1899, betreffend Übergangsvorschriften zum Bürgerlichen Gesetzbuche, darüber einen Zweifel nicht aufkommen lassen, daß die dort gegebenen Überleitungsbestimmungen, wonach (Art. 124 Abs. 2) für die Errungenschaftsgemeinschaft nach Code civil die Errungenschaftsgemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches tritt, nur für Ehegatten maßgebend sind, die am 1. Januar 1900 in Bayern ihren Wohnsitz hatten oder in der Folge dort ihren Wohnsitz begründeten. Das Oberlandesgericht ist daher zutreffend davon ausgegangen, daß das Güterrecht sich noch nach Art. 1498 Code civil beurteile. Dessen Ausführungen ist sodann auch darin beizutreten, daß in der Einlegung der Berufung durch den Ehemann mit der Aufforderung an die Ehefrau, sich in dem Termine durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten zu lassen, nicht

eine Ermächtigung — autorisation — mit der Wirkung des Art. 1419 Code civil zur Bestellung eines Rechtsanwaltes gefunden werden dürfe, und zwar schon um deswillen nicht, weil jene Aufforderung nur prozessualische, nicht rechtsgeschäftliche Bedeutung hat. Die Entscheidung konzentriert sich danach auf die Frage: kann eine in Gütergemeinschaft (Errungenschaftsgemeinschaft) des Code civil lebende Ehefrau im Ehescheidungsverfahren aus dem Güterrechte einen Kostenvorschuß begehren? Es könnte hier in erster Reihe Art. 1409 Ziff. 5 in Erwägung gezogen werden, wonach zu den Schulden der Gütergemeinschaft „die Ernährung der Ehegatten . . . und alle übrigen Lasten der Ehe gehören". Allein dieser Gesetzesvorschrift kann schon um deswillen nicht die entscheidende Bedeutung zukommen, weil bei deren Auslegung Theorie und Praxis im Gebiete des rheinisch-französischen Rechtes und des badischen Landrechtes darin übereinstimmten, daß aus ihr allein das Begehren auf Leistung jenes Kostenvorschusses nicht abgeleitet werden könne, und daß zu dessen Begründung im Gesetze noch Art. 268 beigezogen werden müsse. Zwar war, anlangend die Tragweite dieser Bestimmung, wonach die Ehefrau im Ehescheidungsverfahren als fürsorgliche Maßregel die Bewilligung einer dem Vermögen ihres Ehemannes angemessenen Unterhaltsrente nachsuchen könne — „pourra demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari" —, darüber nie ein Meinungsstreit, daß sie danach neben der Unterhaltsrente — provision alimentaire — einen Prozeßkostenvorschuß — provision ad litem — nachsuchen dürfe. In der Rechtslehre zeigte sich bei der Erörterung über die materielle Grundlage jener letzteren fürsorglichen Maßregel darin eine Meinungsverschiedenheit, daß dieselbe nach der einen Meinung in Art. 212 Code civil gefunden wurde, der die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten regelt, während eine andere Ansicht bei den Güterständen, nach welchen dem Ehemanne die ausschließliche Verwaltung zusteht und alle Einkünfte zufallen, die materielle Grundlage für jene Vorschrift in erster Reihe in dem Güterrechte fand und dem Art. 212 nur eine subsidiäre Bedeutung zumaß. Eine eingehendere Erörterung insbesondere in der Rechtsprechung hat diese Frage bisher aus dem Grunde nicht gefunden, weil sie bis zum 1. Januar 1900 nur eine praktisch untergeordnete Tragweite hatte und erst mit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Fällen der vorliegenden Art, wenn für

das Güterrecht das alte Recht maßgebend blieb, während die Rechte aus dem ehelichen Verhältnisse nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche beurteilt werden müssen, entscheidende Bedeutung gewonnen hat. Der erkennende Senat tritt der Auffassung bei, daß die in Art. 268 dem Richter eingeräumte Befugnis, im Ehescheidungsverfahren auf Begehren der Ehefrau als fürsorgliche Maßregel dem Ehemanne die Leistung eines Kostenvorschusses aufzuerlegen, bei Gütergemeinschaftsehen des Code civil, denen wohl auch die Dotalehen gleichzustellen wären, ihre materielle Grundlage in erster Reihe in dem Güterrechte habe. Zunächst läßt es die Regelung der Stellung der Ehefrau während des Scheidungsverfahrens in einer Gemeinschaftsehe im übrigen — vgl. Art. 270 Code civil — als unzweifelhaft erscheinen, daß der Gesetzgeber, wenn ihm bei Erlassung des Gesetzes die hier gegebene Rechtslage vorgelegen hätte, ausdrücklich das Güterrecht als materielle Grundlage jener Vorschußpflicht bei den Ehen bezeichnet hätte, für die einer jener Güterstände gilt. Sodann rechtfertigt die Entstehungsgeschichte des Art. 268 — insbesondere die auf Bemerkungen von Regnier und Tronchet bei dessen Beratung im Staatsrate erfolgte, für die zu entscheidende Frage nicht unbedeutsame Abänderung des ursprünglichen Gesetzentwurfes durch Streichen der Worte: „si la femme n'a pas de revenus suffisants"; vgl. Fenet, Travaux préparatoires du Code civil Bd. 9 S. 424 — für das gegebene Gesetz die Annahme des Gesetzgebers, daß bei jenen Güterständen der Richter der Ehefrau einen angemessenen Kostenvorschuß aus dem Grunde zuzubilligen befugt sei, weil der Ehemann im übrigen Verwalter der Gemeinschaft bleibe und deren Einkünfte beziehe. Diese Auffassung des Gesetzes wird endlich bestätigt durch die beachtenswerten Ausführungen des französischen Kassationshofes in seinem Urteil vom 30. April 1862, Dalloz, 62. I. 210. Dort ist bei Verneinung der Frage, ob der Prozeßbevollmächtigte einer mit der Scheidungsklage abgewiesenen, in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau von dem Ehemanne die Zahlung seiner Gebühren als Schulden der Gemeinschaft begehren könne, in den Gründen gesagt:

„Que le droit accordé à la femme mariée de former une demande de séparation de corps n'emporte pas obligation pour le mari de payer les frais de cette demande, quelqu'en soit le résultat; qu'il est pourvu à toutes les nécessités de la justice par la faculté

accordée à la femme de se faire allouer une provision applicable aux frais de procès; que cette mesure, qui déroge en un certain point au droit du mari sur les biens de la communauté, est une exception à l'art. 1426." . . .

Darin ist aber der Ausspruch der Auffassung zu finden, daß die materielle Grundlage für die in den Grenzen des Art. 268 zugelassene Kostenvorschußpflicht bei Gemeinschaftsehen in dem Güterrechte beruhe, und daß dem Richter während des Scheidungsverfahrens durch Art. 268 das Recht eingeräumt sei, an Stelle des Ehemannes und unter Beschränkung seiner Befugnisse als Herrn der Gemeinschaft den Umfang jener hier als Last der Gemeinschaft zu beurteilenden Kostenvorschußpflicht zu bemessen. Hatte aber danach bei Gemeinschaftsehen jene in Art. 268 eingeräumte Befugnis ihre materielle Grundlage in dem Güterrechte, so kann bei dem Fortbestande des Güterrechtes das Fortbestehen jener Befugnis, soweit sie eine Rechtsfolge des Güterrechtes ist, einem Bedenken nicht unterliegen." . . .

---

80. Ist nach dem Rechte des Code civil eine Erlöschung des Nießbrauchs an Grundstücken durch zehnjährige Ersitzung anzuerkennen?

II. Civilsenat. Urt. v. 14. Juni 1901 i. S. Wwe. B. u. Gen. (Bekl.) w. Wwe. B. (Kl.). Rep. II. 109/01.

I. Landgericht Mainz.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die Frage ist von dem Reichsgerichte verneint worden.

Aus den Gründen:

. . . „Für eine Ersitzung des Eigentumes nach Art. 2265 Code civil ist . . . kein Raum da, und es bedarf keiner Erörterung, ob, wie die Beklagten in ihrer Revisionsbegründung auszuführen versucht haben, durch die Ersitzung des Eigentumes an einem Grundstücke auch die Freiheit von einem darauf ruhenden Nießbrauche ersessen sei. Es kann sich nur fragen, ob, was der Berufungsrichter unentschieden gelassen hat, eine selbständige zehnjährige Ersitzung des Nießbrauches

oder der Freiheit von einem Nießbrauche gesetzlich begründet ist. Diese von der französischen Rechtsprechung und Litteratur[1] bejahte Frage ist aber wesentlich aus denselben Gründen, aus denen der erkennende Senat in der Sache Rep. II. 238/00 verneint hat, daß die Ersitzung des Eigentumes eines mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstückes den Erwerb eines unbelasteten Eigentumes begründe, zu verneinen. Der Art. 2265 Code civil bezieht sich seinem Wortlaute nach nur auf die Ersitzung des Eigentumes an Grundstücken, nicht auf Immobiliarrechte, wozu nach Art. 526 a. a. O. der Nießbrauch gehört. Der Art. 1665 a. a. O. spricht nur aus, daß der Erwerber auf Wiederkauf auch wider diejenigen verjähren kann, welche Rechte oder Hypotheken an der verkauften Sache zu haben behaupten; er statuiert aber nicht etwa eine 10jährige Ersitzung bezüglich dieser Rechte, und um eine 30jährige Verjährung handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Die für die Erlöschung von Hypotheken durch Verjährung im Art. 2180 Code civil gegebene Specialbestimmung kann nicht auf den Nießbrauch ausgedehnt werden. Das im Interesse der Rechtssicherheit eingeführte positivrechtliche Institut der Verjährung (Ersitzung) darf nicht weiter ausgedehnt werden, als im Gesetze ausdrücklich vorgesehen ist. Demnach bestimmt auch Art. 2264 a. a. O., daß die Regeln der Verjährung in Beziehung auf Gegenstände, von welchen in dem Titel „Von der Verjährung" keine Erwähnung geschehen ist, in den Titeln, die sie betreffen, aufgestellt sind. In dem die Beendigung des Nießbrauches behandelnden Titel enthalten die Artt. 617 und 618 die Fälle, in welchen der Nießbrauch erlischt. Darunter ist die 10jährige Ersitzung nicht aufgeführt, aber ausdrücklich als Erlöschungsgrund vom Gesichtspunkte der Verjährung aus angegeben der Nichtgebrauch des Rechtes während 30 Jahre. Das Gesetz kennt also eine Erlöschung des Nießbrauches durch 10jährige Ersitzung, wie solche im bezogenen Art. 2265 vorgesehen ist, nicht." ...

---

81. Begeht ein Dritter, der dem Schuldner durch seine Mitwirkung eine Verletzung des ihm bekannten Forderungsrechtes ermöglicht, da-

[1] Zachariae-Crome, § 205 Anm. 3 und § 212 Anm. 13, und die dort angeführte französische Litteratur; Baudry-Lacantinerie u. Tissier, Prescription No. 696. D. E.

durch gegen den Gläubiger eine unrechte That nach bad. L.R.S. 1382 (Art. 1382 Code civil)?

II. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1901 i. S. F. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. II. 234/01.

I. Landgericht Karlsruhe.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger, ein Brauereibesitzer, hatte im Jahre 1896 an L. eine Wirtschaft verkauft. In dem Kaufvertrage war vereinbart worden, daß L. oder dessen Rechtsnachfolger sich verpflichten, das in der gedachten Wirtschaft verzapfte Bier für die Dauer von 15 Jahren aus der Brauerei des Klägers zu beziehen, und daß Zuwiderhandlungen einer Konventionalstrafe von 1000 ℳ für jedes Jahr, in welchem kein Bier bezogen wird, verfallen. Diese Vereinbarung ist von dem Berufungsrichter dahin ausgelegt worden, daß die Konventionalstrafe nicht die rechtliche Bedeutung einer Wandelpön gehabt habe, und es deshalb nicht im Belieben des L. gestanden sei, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe der Bierbezugspflicht zu entledigen, und daß ferner L. die obligatorische Verpflichtung übernommen habe, bei dem Verkaufe der Wirtschaft durch entsprechende Abmachung mit dem Erwerber dafür zu sorgen, daß dieser in die Bierbezugspflicht an seine Stelle eintrete. Die Beklagte, eine Aktienbrauerei, hat im Jahre 1899, in Kenntnis der dargelegten obligatorischen Verpflichtung des L. gegenüber dem Kläger, von L. die gedachte Wirtschaft gekauft, ist aber nicht in dessen Bierbezugspflicht eingetreten. L. selbst ist bald darauf gestorben; Kläger konnte nur einen geringen Betrag der ihm aus diesem Verhalten gegen L. zustehenden Konventionalstrafen aus dessen überschuldetem Nachlasse beibringen. Mit der gegen die Beklagte erhobenen Klage war für den Fall, daß nicht dem auf andere Rechtsgründe gestützten principalen Begehren stattgegeben werde, Schadensersatz aus unrechter That nach L.R.S. 1382 verlangt mit der Begründung, die Beklagte habe eine unrechte That im Sinne jener Gesetzesbestimmung, wonach jede unrechte That eines Menschen, welche einen Anderen beschädigt, den Thäter zur Entschädigung verpflichte, dadurch begangen, daß sie in Kenntnis der obligatorischen Berechtigung des Klägers und der obligatorischen Verpflichtung des L. diesem durch ihren Vertrags-

schluß ermöglicht habe, seine Verpflichtung gegen den Kläger zu verletzen und sich der Naturalerfüllung seiner Bierbezugspflicht zu entziehen. Die Vorderrichter haben den Kläger, auch soweit er sein Begehren auf eine unrechte That des erwähnten Inhaltes gestützt hatte, abgewiesen; seine Revision ist zurückgewiesen worden aus den nachstehenden

Gründen:

„Die von der Revision erhobene Rüge, der Berufungsrichter habe L.R.S. 1382 durch Nichtanwendung verletzt, ist nicht gerechtfertigt. Der Berufungsrichter ist mit Recht von dem in L.R.S. 1165 ausgesprochenen Rechtsgrundsatze ausgegangen, daß obligatorische Verträge nur unter den Parteien, nicht aber für und gegen Dritte wirken. Er hat sodann zwar nicht ausdrücklich die Frage erörtert, daß nach dem badisch-französischen Rechte an sich die Zulässigkeit einer Konkurrenz des kontraktlichen und deliktischen Verschuldens anzuerkennen sei. Seine übrigen Ausführungen in ihrem Zusammenhange rechtfertigen jedoch die Annahme, daß die Zulässigkeit einer solchen Konkurrenz der Ausgang seiner weiteren Erörterungen gewesen ist. Wenn er dann angenommen hat, der Gegenkontrahent des Klägers habe nur eine Vertragsverletzung — faute contractuelle —, nicht aber eine unrechte That nach L.R.S. 1382 — faute délictuelle — begangen, indem er durch den Verkauf der Wirtschaft an die Beklagte, ohne dieser in dem Vertrag die Übernahme der Bierbezugspflicht aufzuerlegen, sich die Naturalerfüllung dieser Verpflichtung unmöglich machte, und hafte deshalb nur aus dem Vertrage, so entsprechen diese Ausführungen dem Gesetze. Die Revision hat auch gegen dieselben und gegen die daraus sich ergebende Folge, daß eine Haftung der Beklagten als Mitthäterin oder Gehülfin bei einer nach L.R.S. 1382 zu beurteilenden unrechten That des L. nicht in Frage stehe, keinen Angriff erhoben. Sie hat vielmehr ausgeführt, es handle sich um ein Verhalten der Beklagten „in Bezug auf den Vertrag", womit sie sagen will: in Bezug auf das durch den Vertrag begründete obligatorische Recht des Klägers; die Beklagte habe die nach L.R.S. 1382 zu beurteilende unrechte That selbständig dadurch begangen, daß sie in Kenntnis der obligatorischen Berechtigung des Klägers und der obligatorischen Gebundenheit des L. letzterem durch ihre Mitwirkung ermöglicht habe, sich in die Lage zu versetzen, daß dem Kläger ein Anspruch auf Naturalerfüllung der

Bierbezugspflicht unmöglich wurde und dadurch sich seine obligatorische Berechtigung in einen Anspruch auf Leistung des Interesses verwandelte, der überdies nach der Vermögenslage des L. thatsächlich unbeibringlich war. Diese Ausführungen entsprechen dem Vorbringen in den Instanzen nur insoweit, als dort der Kläger die unrechte That nur in der Mitwirkung zu der oben dargelegten Vertragsverletzung des L. — Verkauf der Wirtschaft ohne vertragliche Belastung des Erwerbers mit der Bierbezugspflicht — gefunden, und das von der Revision noch beigezogene Moment, daß der Anspruch auf Leistung des Interesses überdies nach der Vermögenslage des L. thatsächlich unbeibringlich gewesen sei, nicht zur Begründung des Verschuldens, sondern lediglich zur Rechtfertigung der Höhe des von ihm eventuell begehrten Schadensersatzes verwertet hatte. Mit Recht hat der Berufungsrichter ausgeführt, daß in der Mitwirkung eines Dritten zu einem vertragswidrigen Handeln des aus einem Vertrage obligatorisch Verpflichteten gegen den obligatorisch Berechtigten allein noch nicht eine unter L.R.S. 1382 fallende unrechte That des Dritten gegen den obligatorisch Berechtigten liege, und daß eine solche nur dann angenommen werden könnte, wenn die diese Mitwirkung begleitenden Umstände das Verhalten zu einer unrechten That im Sinne jener Gesetzesbestimmung machen. Nach dem Rechte des Code civil, wie es in Deutschland gilt, und des damit übereinstimmenden badischen Landrechtes begründet die obligatorische Berechtigung aus einem Vertrage nur gegen den obligatorisch verpflichteten Gegenkontrahenten ein durch den Anspruch auf Schadensersatz, im geeigneten Falle auch durch den Anspruch auf künftige Unterlassung gesichertes Schutzrecht gegen Verletzungen. Dagegen kann für das badisch-französische Recht weder aus einer positiven Gesetzesvorschrift noch aus dem von jenem Rechte geschützten anderweiten Pflichtenkreise ein jeden Dritten treffendes Verbot abgeleitet werden, wonach auch von Dritten nicht in eine solche obligatorische Berechtigung verletzend eingegriffen werden dürfte. Eine derartige Ausweitung des obligatorischen Rechtes zu einem gegen jede wissentliche oder fahrlässige Verletzung durch Dritte geschützten Rechtsgute ist demselben in gleichem Maße fremd, wie es die Annahme eines allgemeinen, durch den Anspruch auf Leistung einer bestimmten Sache begründeten „Rechts zur Sache" — jus ad rem — abgelehnt hat. In diesem Sinne ist daher für das badisch-französische Recht

die Auffassung gerechtfertigt, daß die obligatorische Berechtigung an sich nur durch den obligatorisch Verpflichteten verletzt werden könne. Die von der Revision bezogenen Ausführungen in einer Redaktionsnote der Annalen der badischen Gerichte Bd. 58 S. 212, daß „nach badisch-französischem Rechte auch Handlungen, welche vorsätzlich oder fahrlässig auf Verletzung von an sich den Thäter nicht berührenden Vertragsrechten eines Anderen gegen einen Dritten abzielen, für unerlaubt nach L.R.S. 1382 oder 1383 angesehen werden müssen", sind in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend; dieselben beruhen übrigens, soweit sie sich für das gemeine Recht auf ein Urteil des I. Civilsenates,

abgedruckt in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 143 flg., bes. S. 147,

bezogen haben, auf einer unzutreffenden Auffassung über die Tragweite jener Entscheidung, die nicht in der bloßen Thatsache der Mitwirkung zu einer Vertragsverletzung allein schon die Voraussetzung der gemeinrechtlichen actio de dolo gefunden hatte.

Besondere Umstände, wegen deren die Mitwirkung der Beklagten zu der erwähnten Vertragsverletzung des L. als unrechte That nach L.R.S. 1382 und 1382a beurteilt werden könnte, sind in den Instanzen nicht geltend gemacht worden. Die Revision hat zwar unter Anknüpfung an ihre vorangegangenen Darlegungen, daß der durch die Vertragsverletzung des L. begründete Anspruch auf Leistung des Interesses überdies nach der Vermögenslage desselben thatsächlich unbeibringlich gewesen sei, weiter auszuführen versucht, die Beklagte habe sich bei Abschluß ihres Vertrages mit L. gesagt oder doch sagen müssen, Kläger werde die in seinem Vertrage mit L. vorgesehene Vertragsstrafe bei den Vermögensverhältnissen desselben nicht beitreiben können, also Schaden erleiden, im Zusammenhange damit stelle sich aber die Mitwirkung der Beklagten zur Vertragsverletzung des L. unter allen Umständen als unrechte That aus L.R.S. 1382 oder 1383 dar. Allein eine Behauptung des Inhaltes, daß Beklagte auf Grund der Kenntnis der Vermögensverhältnisse des L. wußte oder wissen mußte, daß Kläger durch ihr Verhalten Schaden erleide, ist in den Instanzen überhaupt nicht und insbesondere nicht zur Begründung der angeblichen unrechten That der Beklagten geltend gemacht worden; sie kann aber in der Revisionsinstanz nicht mehr

nachgebracht werden. Es steht daher nicht zur Entscheidung, ob die Mitwirkung der Beklagten zu dem vertragswidrigen Verhalten des L. schon um deswillen zu einer unrechten That im Sinne des L.R.S. 1382 oder 1383 geworden wäre, weil sie bei deren Vornahme wußte oder wissen mußte, daß der Kläger dadurch Schaden erleide. Damit zerfällt auch die weitere Rüge, der Berufungsrichter habe die Prüfung unterlassen, ob das Verhalten der Beklagten nicht gegen die guten Sitten verstoße. Indem verneint wurde, daß das Verhalten der Beklagten als Verstoß gegen L.R.S. 1382 beurteilt werden könne, ist in zureichender Weise zum Ausdrucke gebracht, daß die Beklagte durch ihr Verhalten nicht den im Verkehre von jedermann zu beachtenden Pflichtenkreis verletzt habe." . . .

V. Prozeßrecht.

82. Darf nach Erlaß eines Beschlusses, durch welchen die Verhandlung der Klage und einer zur Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung in getrennten Prozessen angeordnet ist, über den Grund der Gegenforderung vorab erkannt werden?
C.P.O. § 136 Abs. 2. § 276 Abs. 1 a. F., § 145 Abs. 3. § 304 Abs. 1 n. F.

VII. Civilsenat. Urt. v. 12. April 1901 i. S. v. A. (Kl.) w. v. H. (Bekl.). Rep. VII. 51/01.

I. Landgericht Konitz i. Wpr.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die Klage war auf Erstattung einer vom Kläger im Auftrage des Beklagten für diesen geleisteten Zahlung gerichtet. Der Beklagte machte einen Schadensersatzanspruch im Wege der Aufrechnung geltend. Nachdem durch Beschluß vom 2. November 1898 Verhandlung des Klaganspruches und der Gegenforderung des Beklagten in getrennten Prozessen angeordnet war, ist der Beklagte durch Urteil von demselben Tage nach dem Klagantrage verurteilt. Er hat zur Verhandlung über den Gegenanspruch geladen. Nach weiterer Verhandlung ist durch Urteil vom 11. Juli 1900 dahin erkannt, daß das Urteil vom 2. November 1898 aufrecht erhalten wird. Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Durch Urteil des Berufungsgerichtes vom 20. Dezember 1900 ist das Urteil der ersten Instanz dahin geändert, daß die Gegenforderung des Beklagten ihrem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt ist. Auf die Revision des Klägers ist das Urteil aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

„Die Revision erscheint als zulässig. Für die Anwendbarkeit des Abs. 2 des § 304 C.P.O. genügt es, daß der Wille des Be-

rufungsrichters dahin gerichtet ist, über den Grund eines Anspruches vorab zu erkennen, also ein unter den § 304 fallendes Urteil zu erlassen. Ob die Voraussetzungen für ein solches vorhanden waren, berührt die Frage der Zulässigkeit der Revision gegen das Urteil nicht.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 420, Bd. 8 S. 363; Jurist. Wochenschr. von 1894 S. 196 Nr. 12.

Auch als begründet stellt das Rechtsmittel sich dar. Die Vorschrift im Abs. 1 des § 304, laut deren, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, das Gericht über den Grund vorab entscheiden kann, gilt für den durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch, nicht für Einreden, speciell auch nicht für die Aufrechnungseinrede. Durch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung wird das Erlöschen des Klaganspruches herbeigeführt; die Aufrechnung gehört zu den Tilgungsgründen der Obligation, wirkt also insofern nach Art der Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt ꝛc. Nach Erhebung der Aufrechnungseinrede wird es sogar so angesehen, als wäre das Erlöschen der beiden Forderungen bereits mit dem Augenblicke eingetreten, seit welchem sie in einer zur Aufrechnung berechtigenden Weise einander gegenüber standen (§§ 300. 301 A.L.R. I. 16). Ein Urteil über die Kompensationseinrede als solche kann nur in Anwendung des § 303 C.P.O., nach welchem die Entscheidung über ein zu dieser reifes einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel durch Zwischenurteil erfolgen darf, erlassen werden. Gegen ein solches Urteil findet ein Rechtsmittel nicht statt. Dasselbe hat außerdem zur Voraussetzung, daß die Einrede in vollem Umfange, also auch hinsichtlich des Betrages zur Entscheidung reif ist, denn nur in dieser Gestalt hat sie den Charakter eines selbständigen Verteidigungsmittels.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 420, Bd. 12 S. 362; Jurist. Wochenschr. von 1897 S. 323 Nr. 6.

Im vorliegenden Falle hat der Beklagte die Ersatzforderung, welche in der behaupteten Höhe über die Klageforderung hinausgeht, auch zu dem überschießenden Betrage nicht durch Widerklage geltend gemacht, sondern lediglich in Höhe der einander deckenden Beträge zur Verteidigung gegen die Klage mit dem Antrage auf deren Abweisung benutzt.

Dadurch, daß die Verhandlung des Klaganspruches und der

Gegenforderung zu getrennten Prozessen angeordnet war, wird am Ergebnisse nichts geändert. Schon nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung in ihrer ursprünglichen Fassung blieb ungeachtet eines solchen Beschlusses der Aufrechnung ihre Eigenschaft als Verteidigungsmittel gewahrt; der Rechtsstreit war nicht ohne Berücksichtigung der Aufrechnungseinrede als solcher zu erledigen. In dem Beschlusse der vereinigten Civilsenate vom 10. April 1893,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 31 S. 1,

ist ausgesprochen, die Abtrennung der Kompensationseinrede habe nicht den Zweck und die Wirkung, die Einrede aus dem Rechtsstreite hinauszuweisen und den Rechtsstreit ohne Berücksichtigung derselben definitiv zu erledigen, sondern es handele sich in dem zweiten über die Einrede ergehenden Urteile, wie in dem ersten, die Klageforderung zusprechenden Urteile, immer noch um die Klage. Gegenstand der zweiten Entscheidung könne nur die Frage sein, ob die Klageforderung durch Aufrechnung getilgt sei, also immer nur die Einrede als solche, nicht die vom Beklagten geltend gemachte Forderung schlechthin. Es heißt in dem Beschlusse weiter, das die Klageforderung zusprechende Urteil sei als ein den Rechtsstreit endgültig entscheidendes nicht anzusehen und unterliege der Abänderung, wenn die Einrede nachträglich für begründet erklärt werde, wodurch der Charakter jenes Urteiles als eines Endurteiles sich nicht unwesentlich modificiere, ohne daß es dadurch zu einem reinen Zwischenurteile werde. — Umsomehr muß dies nach Maßgabe der Vorschriften gelten, durch welche die Civilprozeßordnung in ihrer jetzt geltenden Fassung (§ 145 Abs. 3. § 302) die prozessuale Behandlung der Aufrechnungseinrede geregelt hat. Diese schließen schon durch ihren Wortlaut jeden Zweifel daran aus, daß der genannten Einrede auch nach Anordnung getrennter Verhandlung die Eigenschaft eines bloßen Verteidigungsmittels erhalten bleibt."

---

83. Begründet ein Rechtsstreit, der gegen eine offene Handelsgesellschaft wegen einer Gesellschaftsschuld anhängig gemacht worden ist, für den später in einem zweiten Prozesse wegen derselben Gesellschaftsschuld belangten einzelnen Gesellschafter die Einrede der Rechtshängigkeit? Einrede der Rechtshängigkeit auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreites.

I. Civilsenat. Urt. v. 13. April 1901 i. S. Gl. Test.-Vollstr. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. I. 15/01.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die im Jahre 1899 erhobene, auf Zahlung von 76000 ℳ gerichtete Klage wurde in erster Linie darauf gestützt, daß von der Gesellschaftsfirma M. Gl. & Co. in Concepcion (Chile), deren Mitinhaber der am 2. Mai 1899 verstorbene M. Gl. war, während der Zeit vom 1. Juli 1895 bis zum 1. September 1899 ohne Zustimmung des Klägers eine von diesem gemachte und durch ein chilenisches Patent geschützte Erfindung, betreffend ein Verfahren zwecks Raffinierung von Zucker, benutzt worden sei. In zweiter Linie gründete sich die Klage auf einen Anstellungsvertrag, auf Grund dessen der Kläger bis zum 1. Juli 1895 als technischer Leiter in der Fabrik der genannten Gesellschaftsfirma thätig gewesen sein wollte. Aus einer von ihm angeführten Bestimmung dieses Vertrages folgerte der Kläger ebenfalls die Verpflichtung der Firma, ihm für die Benutzung der Erfindung während der angegebenen Zeit eine Entschädigung zu gewähren.

Die Beklagten setzten unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache der Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen auf Grund der Behauptung, daß der Kläger wegen des jetzt geltend gemachten Anspruches bereits im Jahre 1895 eine Klage gegen die Firma M. Gl. & Co. bei dem chilenischen Gerichte in Concepcion erhoben habe.

Diese Einrede bekämpfte der Kläger zunächst mit der Behauptung, daß die bei dem chilenischen Gerichte erhobene Klage zurückgenommen worden sei. Außerdem machte er geltend, daß die Einrede deshalb hinfällig sei, weil für die Vollstreckung von Urteilen chilenischer Gerichte in Deutschland und von deutschen Gerichten in Chile die Gegenseitigkeit nicht verbürgt sei.

Die Beklagten wollten die Zurücknahme der in Chile erhobenen Klage nicht gelten lassen, weil dieser Zurücknahme von der verklagten Seite widersprochen worden sei. Letzteres bestritt der Kläger nicht. Er behauptete aber, daß nach chilenischem Prozeßrecht die Wirksamkeit der Zurücknahme von der Zustimmung des Gegners nicht abhängig sei, während Beklagte das Gegenteil behaupteten. Gegenüber

dem zweiten Gegeneinwand des Klägers beriefen sich die Beklagten darauf, daß die Gl.'schen Erben zur Befriedigung des Klägers hinreichendes Vermögen in Chile hätten und jetzt Mitinhaber der Firma M. Gl. & Co. seien.

Vom Landgerichte wurde die Einrede der Rechtshängigkeit verworfen, und vom Oberlandesgerichte die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„1. In dem gegenwärtigen Rechtsstreite beansprucht der Kläger die geforderten 76000 ℳ in erster Linie auf Grund der Behauptung, daß eine ihm geschützte Erfindung widerrechtlich von der offenen Handelsgesellschaft M. Gl. & Co. benutzt worden sei, in zweiter Linie auf Grund eines Vertrages. In dem bei dem chilenischen Gerichte anhängig gewordenen Prozesse dagegen ist, wie die von den Beklagten selbst vorgelegte Abschrift der Klageschrift ersehen läßt, der Klaganspruch lediglich aus widerrechtlicher Benutzung der Erfindung seitens der genannten Gesellschaft hergeleitet worden. Es ergiebt sich daraus, daß auf Grund des in Chile anhängig gewordenen Prozesses der gegenwärtig verfolgten Klage, soweit sie auf Vertrag gestützt ist, keinenfalls die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden, und sich demnach nur fragen kann, ob im übrigen diese Einrede begründet ist.

2. Wie das Berufungsgericht in prozessualisch nicht zu beanstandender Weise festgestellt hat, sind die Gl.'schen Erben an Stelle ihres Erblassers Mitglieder der in Chile verklagten offenen Handelsgesellschaft M. Gl. & Co. geworden und sind dies noch jetzt. Die Frage, ob der in Chile gegen diese Gesellschaft anhängig gemachte Prozeß, das noch gegenwärtige Bestehen der Rechtshängigkeit vorausgesetzt, deshalb, weil die Gl.'schen Erben zu den Gesellschaftern gehören, auch gegen sie als anhängig anzusehen ist, würde nach chilenischem Rechte zu beantworten und folglich zu verneinen sein, wenn etwa, wie nach manchen ausländischen Handelsrechten, auch nach chilenischem Rechte die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person wäre. Das Berufungsgericht unterstellt, weil eine gegenteilige Behauptung nicht aufgestellt ist, daß hinsichtlich der bezeichneten Frage das chilenische Recht mit dem deutschen übereinstimmt, verwirft aber dennoch die

Einrede der Rechtshängigkeit und giebt dafür zwei voneinander unabhängige Entscheidungsgründe. Der erste Entscheidungsgrund beruht auf der Ansicht, daß nach deutschem Rechte ein Rechtsstreit, der gegen eine offene Handelsgesellschaft wegen einer Gesellschaftsschuld anhängig gemacht sei, für den später in einem zweiten Prozeß wegen der nämlichen Gesellschaftsschuld belangten einzelnen Gesellschafter die Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu begründen vermöge, weil es in den beiden Prozessen an der Identität der Parteien und an der Identität des streitigen Rechtsverhältnisses fehle. Dieser Ansicht ist indes, obwohl sie auch in der Litteratur von mehreren Seiten vertreten wird,

vgl. Petersen, Kommentar zur Civilprozeßordnung 4. Aufl. S. 539; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl. Anm. 5 zu § 129; Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12. Aufl. S. 252,

nicht beizupflichten.

Die offene Handelsgesellschaft kann zwar unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und sie ist daher ein formell parteifähiges Rechtsgebilde. Sie ist aber nach deutschem Rechte keine juristische Person, keine von den Gesellschaftern verschiedene Person. Daraus folgt materiellrechtlich, daß eine Gesellschaftsschuld nichts anderes ist, als eine Schuld der Gesellschafter, für welche diese sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie mit ihrem Privatvermögen haften, und prozeßrechtlich, daß, wenn eine offene Handelsgesellschaft klagt oder verklagt wird, Prozeßpartei auf der klagenden oder verklagten Seite nur die Gesellschafter sind. Wenn deshalb, wie vom Reichsgerichte in feststehender Rechtsprechung angenommen ist,[1] und jetzt auch aus den Bestimmungen im § 129 des neuen Handelsgesetzbuches abgeleitet werden kann, das Urteil, welches in einem mit der offenen Handelsgesellschaft geführten Prozeß über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Gesellschaftsschuld ergeht, insoweit, als es sich um die Feststellung der Gesellschaftsschuld handelt, auch Rechtskraftwirkung gegen und für die einzelnen Gesellschafter hat, so muß in demselben

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 57, Bd. 5 S. 55. 70. 71, Bd. 13 S. 96, Bd. 17 S. 367, Bd. 34 S. 365, Bd. 35 S. 389, Bd. 36 S. 60; Urteil des VII. Civilsenates vom 20. März 1900, Rep. VI a. 442/99.

Umfange, in welchem danach dem einzelnen Gesellschafter gegebenen Falles die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zustehen würde, ihm auch die Einrede der Rechtshängigkeit zustehen.

Vgl. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts § 46 unter III 1b (S. 523).

Es läßt sich nach dem vorher Ausgeführten nicht wohl bestreiten, daß, wenn wegen einer Gesellschaftsschuld zuerst die offene Handelsgesellschaft, und demnächst in einem zweiten Prozeß ein einzelner Gesellschafter verklagt wird, dieser in beiden Prozessen Partei ist und in beiden Prozessen ein und derselbe Anspruch geltend gemacht wird. Damit sind gegenüber der zweiten Klage die Voraussetzungen der Einrede der Rechtshängigkeit gegeben, und auch der Grund, weshalb überhaupt die Einrede gewährt wird, daß die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen vermieden und ein doppelter Aufwand von Mühe und Kosten erspart werden soll, trifft hier zu. Allerdings ist, wie sich nunmehr auch aus der Vorschrift des § 129 Abs. 4 H.G.B. ergiebt, das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil nicht vollstreckbar in das Privatvermögen der Gesellschafter. Davon wird aber so wenig die Frage der Rechtshängigkeit wie die der Rechtskraftwirkung berührt, und nichts steht dem entgegen, wegen einer Gesellschaftsschuld die Klage gegen die offene Handelsgesellschaft, d. h. gegen die Gesellschafter in ihrer Vereinigung als Gesellschaft, und zugleich gegen die Gesellschafter als einzelne zu erheben, wogegen dahingestellt bleiben mag, ob es nicht ebenfalls für zulässig erachtet werden müßte, eine gegen die offene Handelsgesellschaft erhobene Klage im Laufe des durch sie anhängig gewordenen Prozesses auch gegen die einzelnen Gesellschafter zu richten.

Vgl. Wach, a. a. O. S. 527, andererseits Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 36 S. 141.

3. Zutreffend aber ist der zweite, auf den § 328 Nr. 5 C.P.O. gestützte Entscheidungsgrund, aus welchem das Berufungsgericht zu Ungunsten der Beklagten erkannt hat. Einer im Inlande erhobenen Klage kann auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreites die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreite ergehende Urteil im Inlande als Urteil anzuerkennen ist. Die Anerkennung des ausländischen Prozesses und

seine Wirkung für andere Prozesse kann nicht weiter reichen als die Anerkennung des ausländischen Urteiles.[1]

In dem Urteile Seuffert's Archiv Bd. 47 Nr. 296 wird freilich die Frage offen gelassen, ob sich dies dann anders verhalte, wenn mit der Klage im Auslande ein Arrestschlag verbunden sei, oder überhaupt der Beklagte im Auslande Vermögen habe, das dem Kläger die Befriedigung aus dem ausländischen Urteil sichere. Dieser Zweifel, den auch die Revision unter Hinweis auf die entsprechende Schutzbehauptung der Beklagten geltend gemacht hat, kann jedoch nicht für begründet erachtet werden, weil es ja ungewiß ist, ob der Kläger in dem ausländischen Prozeß ein obsiegliches Urteil erlangen und nicht vielmehr mit seiner Klage abgewiesen werden wird, hierauf aber der Kläger dann sich zu berufen befugt ist, wenn das ausländische Urteil für das Inland nicht bindend und deshalb, falls es die Klage als unbegründet abweist, nicht geeignet sein wird, dem Beklagten für das Inland die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu verschaffen.

Nach § 328 Nr. 5 C.P.O. ist nun die Anerkennung des Urteiles eines ausländischen Gerichtes ausgeschlossen, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist, und es fehlt der Nachweis dafür, daß die chilenischen Gerichte das Urteil eines deutschen Gerichtes anzuerkennen haben.

Vgl. Koppers Zusammenst. 2c S. 101; Leske und Loewenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr S. 821.

Insbesondere ist auch nichts dafür beigebracht, daß in Chile auf Grund eines deutschen Urteiles die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erhoben werden kann." . . .

---

84. Ist ein gerichtlicher Vergleich, den die als Prozeßbevollmächtigte aufgetretenen Anwälte vereinbart haben, auch für die Partei bindend, welche nur mündlich Vollmacht erteilt hat?

[1] Vgl. Wach, a. a. O. S. 226. 227. 246; Kohler, Ges. Beiträge zum Civilprozeß S. 554; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 385; Urteile des Reichsgerichts, abgedruckt in Seuffert's Archiv Bd. 47 Nr. 296 und in der Jurist. Wochenschr. 1893 S. 350 Nr. 31.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. April 1901 i. S. K. (Bekl.) w. Aktiengef. M. K. (Kl.). Rep. VII. 67/01.

I. Landgericht Danzig.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Aus den Gründen:

„Die vom Berufungsgerichte getroffene Feststellung, daß dem Rechtsanwalte Dr. M. im Vorprozesse von der Beklagten Prozeßvollmacht erteilt gewesen sei, läßt in ihrer Begründung eine Gesetzesverletzung nicht erkennen und ist von der Revisionsklägerin auch nicht angegriffen worden. Letztere stellt dagegen die Ansicht auf, daß eine nur mündliche Prozeßvollmacht nicht genüge und den Anwalt nicht zum Abschlusse des Vergleiches ermächtigt habe. Diese Ansicht findet in der Civilprozeßordnung keine Stütze, da dieselbe zwar in § 76 (jetzt § 80) vorschreibt, daß der Bevollmächtigte die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben habe, zugleich aber in § 84 (jetzt § 88) nähere Vorschriften darüber enthält, unter welchen Umständen der Mangel der Vollmacht vom Gerichte zu berücksichtigen ist, und in § 85 (jetzt § 89) Abs. 2 bestimmt, daß die Partei die Prozeßführung desjenigen, der für sie als Prozeßbevollmächtigter aufgetreten und zugelassen worden ist, gegen sich gelten lassen muß, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt hat. Hiernach genügt mündliche Bevollmächtigung, um der Prozeßführung des Bevollmächtigten Wirksamkeit gegenüber dem Machtgeber zu verleihen; daß aber die Prozeßvollmacht auch zur Abschließung eines Vergleiches ermächtigt, bestimmt § 77 (jetzt § 81) ausdrücklich, sodaß die Abschließung eines Vergleiches jedenfalls auch unter den Begriff der Prozeßführung im Sinne des § 85 (jetzt § 89) fällt, wenn es auch zweifelhaft sein mag, ob das Gesetz in § 77 (§ 86) die Vergleichschließung mit der Verzichtleistung und der Anerkennung als Beispiele von Prozeßhandlungen aufführt oder nur den eigentlichen Prozeßhandlungen gleichstellt." . . .

85. 1. Unter welchen Voraussetzungen findet eine Widerspruchsklage in dem Falle statt, daß ein Dritter behauptet, Inhaber einer in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gepfändeten Forderung zu sein?

2. Darf der Richter dem Urteile eine Thatsache zu Grunde legen, über welche die Parteien nicht gehört sind?

C.P.O. § 771.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. April 1901 i. S. C. (Kl.) w. B. (Bekl.). Rep. VII. 68/01.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Firma H. & Co., welche früher mit dem Ehemanne der Klägerin in geschäftlichen Beziehungen gestanden hatte, übertrug der Klägerin durch schriftlichen Vertrag den Verkauf ihrer Waren in Kommission. Der Beklagte ließ in einer Zwangsvollstreckungssache gegen den Ehemann den Provisionsanspruch gegen die oben genannte Firma pfänden. Klägerin erhob Widerspruchsklage. In erster Instanz wurde die Zulässigkeit dieser verneint. Der Berufungsrichter bejahte dieselbe, nahm aber Scheingeschäft an. Auf die Revision der Klägerin ist das Urteil aufgehoben worden.

Aus den Gründen:

„Die Frage, ob in einem Falle der vorliegenden Art überhaupt eine Widerspruchsklage nach § 771 der Civilprozeßordnung stattfindet, ist präjudiziell. Müßte sie mit dem ersten Richter, abweichend von dem Berufungsrichter, verneint werden, so hätte aus diesem Grunde Zurückweisung der Revision zu erfolgen, ohne daß auf die Erwägungen, von denen der Berufungsrichter zur Verwerfung der Berufung gegen das klagabweisende Urteil der ersten Instanz geleitet ist, einzugehen wäre. Die Zulässigkeit der Klage muß aber anerkannt werden.

Wenn der Wortlaut des § 771 auch dahin geht, daß die Widerspruchsklage dann gegeben ist, wenn der Dritte „an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht" zu haben behauptet, so darf doch im Hinblick auf den Zweck der Bestimmung und den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht an dem Worte gehaftet werden; vielmehr ist auch der Fall unter die Bestimmung einzubegreifen, daß bei der Zwangsvollstreckung in Rechte der

Dritte seinerseits Träger der Rechte zu sein behauptet. Dies gilt speciell auch von der Zwangsvollstreckung in persönliche Forderungen. Die Inhaberschaft des Rechtes muß insofern mit dem Eigentum an der Sache auf eine Linie gestellt werden. Vorauszusetzen ist allerdings die Identität der Ansprüche; bei Forderungen würde aber der § 771 illusorisch werden, wollte man bei diesen die Identität unter allen Umständen schon deshalb in Abrede stellen, weil eine andere Person als Träger des Anspruches in Frage kommt; zu einer solchen Annahme nötigt die rechtliche Natur der Forderungsrechte nicht. In der Rechtsprechung ist die Zulassung der Widerspruchsklage dann anerkannt, wenn Kläger durch Cession Inhaber der bei dem ursprünglichen Gläubiger gepfändeten Forderung geworden zu sein behauptet, und zwar auch für solche Rechtssysteme, welche als Folge der Cession einen eigentlichen Rechtsübergang annehmen (vgl. z. B. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 S. 110. 114). Allein zu einer Einschränkung auf diesen Fall ist kein ausreichender Anlaß vorhanden; auch die Identität des Entstehungsgrundes kann die Annahme der Identität der Forderung rechtfertigen. Gepfändet ist hier bei dem Ehemanne der Klägerin ein vertraglicher Anspruch an Gehalt, Provision und Tantième gegen die Firma H. & Co. zu Berlin. Die Widerspruchsklägerin macht geltend, nicht ihrem Ehemanne, sondern ihr stehe die Forderung zu, der Vertrag sei mit ihr geschlossen, und sie habe die Rechte aus demselben erworben.

Der Streit in dieser Richtung bewegt sich um die Frage, ob durch einen individuell bestimmten Vorgang die Klägerin, oder ihr Ehemann sich Rechte hat einräumen lassen. Die Rechte sind ein und dieselben, mögen sie der Ehefrau, oder dem Ehemanne zustehen. Eben diese Rechte aber sind hier gepfändet. Demgemäß muß die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 771, daß der Kläger die Inhaberschaft der den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildenden Forderung in Anspruch nimmt, als erfüllt angesehen werden. In einem ganz analogen Falle ist die Zulässigkeit der Widerspruchsklage durch Urteil des Reichsgerichtes vom 16. Januar 1899, Entsch. desselben in Civils. Bd. 43 S. 403, bereits ausgesprochen; vgl. ferner Entsch. a. a. O. Bd. 12 S. 379. 380, Bd. 31 S. 381.

Die Erwägungen aber, aus denen der Berufungsrichter die Klage für materiell unbegründet erachtet, sind nicht haltbar. Der Berufungs-

richter nimmt in seine Entscheidungsgründe die in einer anderen Prozeßsache erstattete Zeugenaussage des Ehemannes der Klägerin auf und bemerkt dann, dieselbe lasse in Verbindung mit dem Inhalt des Vertrages keinen Zweifel darüber, daß in diesem mit der Ehefrau C. geschlossenen Vertrage die Klägerin nur zum Schein als forderungsberechtigte Gläubigerin der Firma H. & Co. aufgeführt, der wirkliche Gläubiger dagegen der Ehemann sei, welchem thatsächlich die Reisevertretung der Firma und die Ausführung der Aufträge ꝛc obliege.

In prozessualer Hinsicht erachtet die Revision zunächst die Feststellung der Scheinnatur des Vertrages deshalb für unzulässig, weil der Beklagte Simulation gar nicht behauptet habe. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Richter, wenn die Verhandlungen ergeben, daß ein Rechtsgeschäft nur zum Schein geschlossen, also der Vertragswille, dessen Existenz die äußere Erscheinung des Aktes annehmen läßt, in Wahrheit nicht vorhanden ist, dies ohne eine entsprechende Einwendung des Beklagten überhaupt berücksichtigen darf. Wenn diese Frage aber auch zu bejahen sein würde, so steht dem Richter doch nicht die Befugnis zu, zur Feststellung des Scheines zu schreiten, ohne daß die Parteien auf die seiner Auffassung nach gegebene Gestalt der Sache hingewiesen sind und Gelegenheit zu Erklärungen erhalten haben. Indem der Richter dies unterläßt, verstößt er gegen den Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehöres; den Parteien darf die Möglichkeit nicht entzogen werden, die Thatsachen von ihrem Standpunkte aus und nach Maßgabe ihrer Kenntnis von der Sachlage zu beleuchten und Beweise für ihr Vorbringen anzutreten. Im gegenwärtigen Falle ist jede Hinweisung der Parteien unterblieben. Schon aus diesem Grunde mußte das Urteil aufgehoben werden." ...

---

86. Prozeßrechtliche Wirkung einer Vereinbarung, daß der Prozeß ruhen solle (§ 251 Abs. 1 C.P.O.). Ist auf die Entscheidung über einen Streit, der das Bestehen oder den Inhalt einer solchen Vereinbarung betrifft, § 252 C.P.O. anwendbar?

II. Civilsenat. Beschl. v. 7. Mai 1901 i. S. Th. (Kl.) w. B. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 61/01.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Zu Anfang des Jahres 1897 war bei verschiedenen Landgerichten der Rheinprovinz eine größere Anzahl von Prozessen anhängig, in denen die Margarinefabrik J. & P. oder deren früherer Direktor Th. auf der einen Seite, eine Reihe von Gegnern, darunter der Beklagte B., auf der anderen Seite Parteien waren. Zu diesen Prozessen gehörte auch der hier in Frage stehende, in dem die Klage am 3. Dezember 1896 zugestellt worden war. Gegen die von dem Kläger betriebene Fortsetzung dieses Prozesses, der einige Zeit thatsächlich geruht hatte, machte der Beklagte die Prozeßeinrede geltend, es sei Ende Januar oder Anfang Februar 1897 eine Vereinbarung getroffen worden, wonach sämtliche damals schwebenden Prozesse der bezeichneten Gruppen ruhen sollten bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreites Bu. w. J. & P. und Th., und beantragte die Aussetzung des Verfahrens.

Nach Erhebung von Beweisen hat das Landgericht durch Beschluß das Verfahren bis zur Rechtskraft jenes Prozesses ausgesetzt, indem es annahm, daß die von dem Beklagten angerufene Vereinbarung sich auch auf den vorliegenden Rechtsstreit bezogen habe. Auf Beschwerde hat das Oberlandesgericht, das annahm, es sei eine Vereinbarung nicht zustande gekommen, daß auch dieser Prozeß ruhen solle, mit dem angefochtenen Beschlusse den Beschluß des Landgerichtes aufgehoben und angeordnet, daß zur mündlichen Verhandlung ein Termin zu bestimmen sei. Hiergegen richtete sich die sofortige Beschwerde des Beklagten, deren Zulässigkeit angenommen wurde aus folgenden

Gründen:

. . . „Die in erster Reihe zu erörternde Frage der Zulässigkeit dieser weiteren Beschwerde erfordert ein Eingehen darauf, welche rechtliche Bedeutung der vom Beklagten angerufenen Vereinbarung zukäme, wenn sie wirksam zustande gekommen ist. Zunächst wäre denkbar, daß eine Vereinbarung dieses Inhaltes einen Stundungsvertrag (pactum de non petendo) des materiellen Rechtes enthielte. Für diesen Fall würde der Antrag des Klägers, das Verfahren vor Eintritt des in der Vereinbarung als Endpunkt der Stundung bezeichneten Ereignisses fortzusetzen, sich als vorzeitiger Antrag auf Verurteilung

zu sofortiger Leistung darstellen und hätte demgemäß, wie die Rechtslehre, soweit sie diesen Gesichtspunkt mit in den Kreis der Erörterungen über die Tragweite von Vereinbarungen des hier vorliegenden Inhaltes zieht, übereinstimmend annimmt,

vgl. Seuffert, Civilprozeßordnung 8. Aufl. § 251 Bem. 2 S. 342, und Urt. des Oberlandesgerichtes Karlsruhe vom 2. März 1891 bei Seuffert, Archiv Bd. 47 Nr. 295,

durch Sachentscheidung die Abweisung der Klage zur Zeit zu erfolgen. Der Beklagte geht bei Begründung seiner Beschwerde auch davon aus, daß die Vereinbarung jenen materiellrechtlichen Inhalt hatte; nach Lage der Sache ist aber ausgeschlossen, dem erwähnten Abkommen jenen Inhalt zu geben; vielmehr sollten nach dem Ergebnisse der erhobenen Beweise durch dasselbe nur die prozessualischen Beziehungen dahin geregelt werden, daß das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des näher bezeichneten Prozesses beruhe. Danach lag eine Vereinbarung im Sinne des § 251 Abs. 1 C.P.O. vor. Über die Wirkung einer solchen, lediglich prozeßrechtlichen Vereinbarung, das Verfahren beruhen zu lassen, besteht in der Rechtslehre Meinungsverschiedenheit. Kohler (Der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 88) hat die Ansicht aufgestellt, das Beruhenlassen des Prozesses sei ein faktisches Beruhenlassen der Prozeßakte ohne Zerreißung des rechtlichen Prozeßverhältnisses; darum habe das Beruhenlassen keinen Einfluß auf die Notfristen (§ 251 Abs. 1 Satz 2), und eine der Übereinkunft widersprechende Prozeßhandlung der Partei könne zwar diese Partei entschädigungspflichtig machen, aber sei nichtsdestoweniger rechtlich gültig; der Vertrag über das Beruhenlassen habe daher nur indirekte, nicht direkte Wirkung. Dieser Ansicht ist Seuffert (Civilprozeßordnung 8. Aufl. § 251 S. 342) insoweit beigetreten, als er annimmt, die prozeßrechtliche Wirkung dieser Vereinbarung bestehe lediglich darin, daß jede Partei durch den Nachweis der Vereinbarung im Wege eines Antrages auf Verlegung oder Vertagung den Aufschub der richterlichen Thätigkeit bis nach Ablauf der vereinbarten Zeit erlangen könne. Dagegen wird in der übrigen Litteratur,

vgl. Planck, Deutsches Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 521 flg.; Petersen u. Anger, Civilprozeßordnung (4. Aufl.) § 251 Bem. 4 zu Anm. 6 S. 492; Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung (4. Aufl.)

§ 251 Bem. II zu Anm. 2 S. 507; Struckmann u. Koch, Civilprozeßordnung (7. Aufl.) § 251 Nr. 3 S. 273,

die Meinung vertreten, welcher auch der erkennende Senat beitritt: die Vereinbarung der Parteien, das Verfahren beruhen zu lassen, begründe einen Stillstand des Verfahrens und habe dieselben prozeßrechtlichen Wirkungen, wie die Unterbrechung des Verfahrens; es finde daher § 249 C.P.O. mit der Maßgabe Anwendung, daß dessen Abs. 3, der nur für die Unterbrechung gilt, außer Anwendung bleibe; die Vorschrift in dem zweiten Satze des Abs. 1 von § 251 bilde nur eine Ausnahme von den Vorschriften in § 249 Abs. 1, nicht aber einen Beweis für die prozeßrechtliche Wirkungslosigkeit der Vereinbarung; die Nichtbeachtung jener Vereinbarung begründe deshalb nicht bloß eine Entschädigungspflicht, sondern die Unstatthaftigkeit der nach Eintritt des Stillstandes vorgenommenen Handlung.

Falls aber in dem anhängigen Prozesse Streit über das Bestehen oder über den Inhalt einer solchen als Prozeßeinrede vorgeschützten Vereinbarung des Beruhenlassens entsteht, sind die Anhänger der hier vertretenen Ansicht, daß jene Vereinbarung einen Stillstand des Verfahrens begründe, in Meinungsverschiedenheit darüber, ob und in welchem Umfange auf die Entscheidung über diesen Zwischenstreit § 252 C.P.O. überhaupt anwendbar sei. Petersen u. Anger (a. a. O. § 251 Bem. 4 zu Anm. 5 S. 492 u. § 252 Bem. 2 S. 494 oben) nehmen an, dieser prozessualische Zwischenstreit sei durch Zwischenurteil zu entscheiden, das durch Beschwerde nicht angefochten werden könne, das aber der Beurteilung der höheren Gerichte unterliege (§§ 512 und 548); nur für den Fall, daß unrichtigerweise statt des Zwischenurteiles ein Beschluß erlassen wurde, unterliege er der Beschwerde. Das Oberlandesgericht Karlsruhe dagegen (Seuffert, Archiv Bd. 47 Nr. 295) und Struckmann u. Koch (a. a. O. § 251 Nr. 2 S. 273) nehmen an, daß die Entscheidung durch Beschluß zu erfolgen habe, der den Rechtsmitteln aus § 252 C.P.O. unterliege. Ob die Ausführungen bei Petersen u. Anger den hier allein zu entscheidenden Fall, daß jener Zwischenstreit lediglich den Fortgang des Prozesses, nicht die Rechtsgültigkeit bereits vorgenommener Prozeßhandlungen betrifft, und auf die Vereinbarung des Beruhenlassens ein Aussetzungsantrag gestützt wurde, überhaupt mit umfassen sollten, bedarf hier keiner Erörterung. Der Senat nimmt für diesen hier zu

entscheidenden Fall an, die Gleichstellung der Hemmung des Verfahrens durch Vereinbarung des Beruhenlassens mit der Hemmung desselben in den Fällen der §§ 245 und 247 und die daraus abgeleitete Folge, daß der auf Grund jener Vereinbarung eintretende Stillstand ipso jure eine Unterbrechung des Verfahrens begründe, habe die weitere notwendige Folge, daß die Entscheidung über den Zwischenstreit, ob eine jene Unterbrechung begründende Vereinbarung vorliege, und deshalb die Unterbrechung eingetreten und das Verfahren auszusetzen sei, in der Form des Beschlusses zu erlassen sei, und nur durch die in § 252 C.P.O. bezeichneten Rechtsmittel angefochten werden könne. Danach ist eine Entscheidung des Prozeßgerichtes, die einen auf Vereinbarung des Beruhenlassens begründeten Aussetzungsantrag ablehnt und die Fortsetzung des Verfahrens anordnet, weil jene Vereinbarung nicht zustande gekommen sei, mit der sofortigen Beschwerde nach § 252 C.P.O. anfechtbar; gleiches gilt für den hier gegebenen Fall, daß im Beschwerdewege eine auf jenen Antrag verfügte Aussetzung aus jenem Grunde aufgehoben wurde." ... (Folgen die Ausführungen, daß die Beschwerde auch begründet sei.)

---

87. Darf über die gegenüber der Einrede des Schiedsvertrages erhobene Replik, der Schiedsvertrag sei infolge der Weigerung des im Vertrage ernannten Schiedsrichters, das Amt zu übernehmen, oder infolge begründeter Ablehnung des Schiedsrichters erloschen, das Gehör aus dem Grunde versagt werden, daß der Kläger es unterlassen habe, Entscheidung über das Erlöschen des Schiedsvertrages gemäß § 1045 C.P.O. im Beschlußverfahren herbeizuführen?

VII. Civilsenat. Urt. v. 7. Mai 1901 i. S. E. u. Gen. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. VII. 81/01.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

„Die Zurückweisung der Berufung ist vom Berufungsgerichte mit der Ansicht begründet, daß über die gegenüber der Einrede des

Schiedsvertrages von den Klägern auf angebliches Erlöschen des Schiedsvertrages gegründete Replik, zufolge der Vorschriften des § 1045 C.P.O., im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht entschieden werden könne. Das Berufungsgericht geht hierbei zutreffend davon aus, daß, obwohl die Thatsachen, aus denen das Erlöschen des Schiedsvertrages abgeleitet wird, schon in der Klage erwähnt sind, es sich doch um eine wahre Replik handele; denn das Gericht durfte trotz jenes Vorbringens in der Klage das Bestehen des Schiedsvertrages zu Gunsten des Beklagten nur berücksichtigen, weil dieser eine Einrede daraus entnommen hatte; und ferner ist zutreffend und von diesem Senate des Reichsgerichts bereits mehrfach gebilligt worden die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Vorschriften des § 1045 auch dann zur Anwendung zu bringen sind, wenn das Verfahren bereits vor dem 1. Januar 1900 eingeleitet worden ist. Nicht gebilligt werden aber kann die Ansicht, daß der gegenwärtige Rechtsstreit zur Anwendung des § 1045 Gelegenheit gebe.

Das Berufungsgericht begründet seine Ansicht wie folgt: nach § 871 C.P.O. a. F. habe über das Erlöschen eines Schiedsvertrages nur auf Klage im ordentlichen Prozeßwege entschieden werden können, was schon daraus folge, daß diese Vorschrift die Zuständigkeit besonders regele, welche Zuständigkeit sehr häufig mit derjenigen für die Klage aus dem dem Schiedsvertrage unterworfenen Rechtsverhältnisse nicht übereinstimmen werde; § 1045 C.P.O. n. F. habe an Stelle des ordentlichen Prozesses ein besonderes Verfahren mit besonderen Zuständigkeitsregeln gesetzt, weshalb eine Entscheidung über das Erlöschen des Schiedsvertrages nicht durch Zwischenstreit in einem anderen Rechtsstreite erfolgen könne; hierfür spreche nicht nur der Wortlaut des § 1045, welcher nicht mehr von Klagen, sondern von gerichtlichen Entscheidungen rede, sondern auch die Begründung des Entwurfes der Prozeßnovelle von 1898.

Es kann zunächst die Auffassung, welche das Berufungsgericht von dem Rechtszustande vor dem 1. Januar 1900 hat, nicht gebilligt werden. Indem § 871 für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrages, die Aufhebung eines Schiedsspruches oder die Erlassung des Vollstreckungsurteiles zum Gegenstande haben, die Zuständigkeit der Gerichte besonders regelte, brachte er allerdings zugleich deutlich

zum Ausdrucke, daß gewisse Fragen, hinsichtlich deren es vielleicht zweifelhaft sein konnte, ob sie geeignet seien, den Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreites zu bilden — es gilt dies namentlich von der Ernennung und Ablehnung eines Schiedsrichters —, im ordentlichen Rechtswege zum Austrage zu bringen seien; es wird aber in das Gesetz ein ihm fremder Gedanke hineingetragen, wenn darin zugleich der Ausspruch gefunden wird, daß über alle in § 871 erwähnte Fragen von den Gerichten nur entschieden werden könne, wenn sie im Wege der Klage in einem der dort namhaft gemachten Gerichtsstände geltend gemacht würden. Die Zuständigkeitsvorschriften der Civilprozeßordnung gelten überhaupt nur für Klagen, nicht für Einreden und Repliken; über letztere hat stets das Gericht zu entscheiden, welches zuständigerweise mit der Klage angegangen ist. Daß von diesem Grundsatze der § 871 habe abweichen wollen, dafür liegt nicht das Geringste vor, wenn es auch richtig ist, daß eine oder die andere der dort erwähnten Angelegenheiten zu einer Einrede oder Replik gar nicht oder nur ausnahmsweise Gelegenheit geben mag; letzteres gilt jedenfalls nicht von der Frage des Erlöschens des Schiedsvertrages, über die, wie der vorliegende Fall zeigt, auch im Wege der Replik, und gegenüber der auf Feststellung des Bestehens des Schiedsvertrages gerichteten Klage oder gegenüber der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteiles, wenn die Unzulässigkeit des Verfahrens auf das Erlöschen des Schiedsvertrages gegründet wird, auch im Wege der Einrede gerichtliche Entscheidung verlangt werden kann. Eine abweichende Ansicht ist auch in der Litteratur zur Civilprozeßordnung nicht zu entdecken; und wenn sich das Berufungsgericht für seine Ansicht auf eine Bemerkung in dem Kommentare von Reincke folgenden Inhalts beruft: „Entsteht unter den Parteien über das Erlöschen des Schiedsvertrages Streit, so muß dieser im ordentlichen Prozesse vor den Staatsgerichten ausgetragen werden, und zwar im Wege des § 871 oder des § 867 Nr. 1 oder des § 868 Abs. 2", so liegt dem ein Mißverständnis auf seiten des Berufungsgerichtes zu Grunde: gerade der Hinweis auf § 868 Abs. 2 trifft den obenerwähnten Fall, in welchem die Frage des Erlöschens des Schiedsvertrages einredeweise vorgebracht wird.

Vgl. auch die Bemerk. von Gaupp, 3. Aufl. zu § 858 a. E.

Es darf nun weiter von vornherein davon ausgegangen werden,

daß der § 1045 C.P.O. n. F., indem er für einzelne der früher in § 871 genannten Angelegenheiten, nämlich die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters und das Erlöschen des Schiedsvertrages, sowie — was er neu hinzufügt — für die Anordnung der von den Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen unter Regelung der Zuständigkeit ein Beschlußverfahren einführt, an dem früheren Rechtszustande nur insofern etwas ändern will, als er an Stelle der Klage und des mit ihr verbundenen Verfahrens ein vereinfachtes Verfahren setzt, welches also immer dann eingeschlagen werden muß, wenn ein Beteiligter in den erwähnten Angelegenheiten die Thätigkeit des Gerichts durch Gesuch in Bewegung setzen will; nichts geändert aber ist daran, daß der ordentliche Prozeßrichter über Einreden und Repliken zu entscheiden hat, auch wenn dieselben aus einem der erwähnten Rechtsverhältnisse entspringen, und daß dies namentlich auch in dem Falle zu geschehen hat, wenn gegenüber der prozeßhindernden Einrede des Schiedsvertrages die Replik erhoben wird, der Schiedsvertrag sei erloschen. Die Kompetenzbestimmungen des § 1045 kommen hier nicht in Betracht, wie auch früher durch die Vorschriften des § 871 die Beachtung einer Einrede oder Replik nicht dadurch ausgeschlossen wurde, daß, wenn das diese Rechtsbehelfe begründende Recht im Wege der Klage verfolgt worden wäre, diese bei einem anderen Gerichte hätte angebracht werden müssen. Zu einer abweichenden Ansicht giebt weder der Wortlaut des § 1045 noch die Begründung desselben zum Entwurfe der Prozeßnovelle Veranlassung. Zugegeben werden kann nur, daß die Wendung in Abs. 1 des § 1045 „Für die gerichtlichen Entscheidungen ... über das Erlöschen eines Schiedsvertrags ist ... das Gericht ... zuständig" und der Abs. 2 mit den Worten „die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen" die Auffassung zulassen, als handele es sich um eine Vorschrift, welche die Entscheidung ausschließlich den näher bezeichneten Gerichten und ausschließlich dem Beschlußverfahren vorbehalten will. Anderseits steht aber auch dieser Wortlaut der im Vorstehenden entwickelten Ansicht, für welche Gründe allgemeiner Natur sprechen, keineswegs zwingend entgegen. Die Begründung des Entwurfes aber kann für die Ansicht des Berufungsgerichts überhaupt nicht angerufen werden. Es wird hier zunächst erwähnt, daß nach dem geltenden Rechte Streitigkeiten, welche die Ernennung oder Ab-

lehnung des Schiedsrichters (§ 855 Abs. 2. §§ 857. 858) oder das Erlöschen eines Schiedsvertrages zum Gegenstande haben, im ordentlichen Prozeßwege zum Austrage gebracht werden müssen; ein durchaus richtiger Satz, der nicht dahin verstanden werden darf, daß nur auf Klage, nicht auf Einrede oder Replik entschieden werden dürfte. Sodann wird bemerkt, daß einer vielfach vertretenen Ansicht zufolge das Gleiche auch gelte, wenn eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung auf Antrag einer Partei anzuordnen ist (§ 862); worauf fortgefahren wird: „In allen diesen Fällen handelt es sich um eine außerhalb der eigentlichen Rechtsprechung liegende Thätigkeit des Gerichts, welche unbedenklich im Beschlußverfahren erledigt werden kann." Es kann zunächst keineswegs anerkannt werden, daß ein Streit darüber, ob ein Schiedsvertrag aus einem der in § 1033 bezeichneten Gründe außer Kraft getreten sei, einen Gegenstand betreffe, der außerhalb der eigentlichen Rechtsprechung der Gerichte liege; selbst wenn, was nicht zutrifft, der Sachverhalt in einem solchen Rechtsstreite stets ein besonders einfacher wäre, so ist doch nicht einzusehen, warum das Erlöschen eines Schiedsvertrages weniger zur Entscheidung im Wege des ordentlichen Prozesses sich eignen soll, als das Erlöschen eines anderen Vertrages, z. B. eines Mietvertrages durch Kündigung oder Ablauf der Vertragszeit. Aber hiervon ganz abgesehen, jene Stelle der Begründung giebt durch kein Wort zu der Auslegung Veranlassung, daß der Gesetzgeber dem Richter, bei welchem ein Prozeß anhängig ist, das Recht und die Pflicht entziehen wolle, über das gegen die Einrede des Schiedsvertrages geltend gemachte Vorbringen des Klägers, daß der Schiedsvertrag erloschen sei, in den Formen des ordentlichen Prozesses zu entscheiden."

---

88. **Welche Wirkung hat eine von dem Schuldner einer Geldforderung wegen Konkurrenz mehrerer Cessionen mit mehreren Pfändungen bewirkte Hinterlegung des ganzen ursprünglichen Schuldbetrages gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger? Welche Bedeutung hat es, wenn das Gericht, dem der Schuldner die in § 853 C.P.O. bezeichnete Anzeige über eine Hinterlegung dieses Inhaltes gemacht hat,**

über den ganzen hinterlegten Betrag das Verteilungsverfahren eröffnet und auch die Cessionare als Beteiligte beizieht? C.P.O. § 853.

II. Civilsenat. Urt. v. 21. Mai 1901 i. S. Transatlantische F.-V.-G. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. II. 88/01.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Der Bandfabrikant W. zu Barmen hatte aus einem Brandschaden gegen die Klägerin eine Forderung, deren Höhe auf 26206 ℳ ermittelt worden war. W. cedierte von dieser Forderung Teilbeträge an verschiedene Personen, darunter auch an E.; es hatten auch Gläubiger des W. mehrere Pfändungen auf jene Forderung ausgebracht. Klägerin hinterlegte am 19. März 1898 den schuldigen Betrag von 26206 ℳ bei der Regierungshauptkasse zu D. In der Hinterlegungserklärung bezeichnete sie als Grund der Hinterlegung die Konkurrenz der mehreren Cessionen mit den mehreren Pfändungen der Forderung; zugleich machte sie an das Amtsgericht B., dessen Pfändungsbeschluß ihr zuerst zugestellt war, von der Sachlage Anzeige unter Anschluß der ihr signifizierten Cessionsurkunden und der ihr zugestellten Pfändungsbeschlüsse. Dieses hat über den ganzen hinterlegten Betrag das Verteilungsverfahren eröffnet und auch die Cessionare in jenem Verfahren als Beteiligte beigezogen. Der Cessionar E. vertrat jedoch den Standpunkt, daß die Klägerin durch jene Hinterlegung, weil es an den Voraussetzungen der Artt. 1257 flg. rhein. B.G.B. gegenüber den Cessionaren gefehlt habe, von ihrer Schuld ihm gegenüber nicht befreit sei; er erwirkte auch ein obsiegendes Urteil gegen die Klägerin auf Zahlung des von ihm in Höhe von 5300,07 ℳ beanspruchten Cessionsbetrages. Nach Zahlung dieser Summe an E. verlangte die Klägerin, daß ihr dieser Betrag von der Hinterlegungssumme zurückbezahlt werde. Der jetzt verklagte Konkursverwalter über den Nachlaß des inzwischen verstorbenen W. trat aber diesem Begehren entgegen; er machte geltend, daß Klägerin gegen W. lediglich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gehabt hätte und deshalb diesen Anspruch gegenüber der Konkursmasse nur als Konkursforderung geltend machen könne, während die Hinter-

legungssumme, soweit sie nicht zur Befriedigung von Pfändungsgläubigern erforderlich sei, einen Teil der Konkursmasse bilde.

Die Klägerin erhob gegen den Konkursverwalter X. als Vertreter der genannten Konkursmasse Klage mit dem Antrag, denselben ... zu verurteilen, darein zu willigen, daß von der Hinterlegungssumme ein Teilbetrag von 5300,07 ℳ mit Hinterlegungszinsen an die Klägerin zurückgezahlt werde. Die Vorderrichter haben die Klage als unbegründet abgewiesen; auf die Revision der Klägerin wurden deren Urteile aufgehoben und nach dem Klagantrag erkannt aus nachfolgenden

Gründen:

„Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, und hat der Drittschuldner, freiwillig oder durch Klage (§ 856, früher 753, C.P.O.) gezwungen, nach Maßgabe des § 853 (früher 750) C.P.O. den gepfändeten Schuldbetrag hinterlegt, so hat diese Hinterlegung, ohne daß es einer Annahme von seiten des Forderungsgläubigers oder seiner Pfändungspfandgläubiger bedürfte, für den Drittschuldner die Wirkung der Zahlung, wie wenn er bei Vorhandensein nur eines Gläubigers an diesen bezahlt hätte; er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit; an die Stelle der gepfändeten Forderung tritt die hinterlegte Summe. Diese Hinterlegung enthält sonach nicht eine bloße Traditionsofferte oder, weil eine Hinterlegung von Geld bei der Hinterlegungsstelle in Frage steht, eine Cessionsofferte des Anspruches auf Auszahlung, der vor der Annahme jener Offerte noch nicht endgültig der Verfügung des Drittschuldners entzogen wäre. Die hinterlegte Summe ist vielmehr endgültig aus dem Vermögen des Drittschuldners ausgeschieden und endgültig — belastet mit den Pfändungspfandrechten der Pfändungsgläubiger — in das Vermögen des Forderungsgläubigers übergegangen; folgeweise ist auch der Anspruch auf Auszahlung gegenüber der Hinterlegungsstelle für den Forderungsgläubiger und dessen Pfändungspfandgläubiger unbedingt und endgültig erworben. Hätte daher der Drittschuldner mehr hinterlegt, als er geschuldet hatte, so könnte er nur mit einem obligatorischen Anspruch aus dem Rechtsgrunde der ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabe des zu viel Bezahlten verfolgen. Dadurch, daß diese Hinterlegung nach § 853 C.P.O. Zahlung ist und nicht bloß als Erfüllungssurrogat wirkt, und daß folgeweise das Hinterlegte endgültig aus dem Vermögen

des Drittschuldners ausscheidet, unterscheidet sich dieselbe von anderen Fällen einer Hinterlegung, die z. B. in dem nahe liegenden Falle einer Mehrheit von Forderungsprätendenten lediglich eine Traditionsofferte, oder — im Falle der Hinterlegung von Geld — eine Cessionsofferte des Anspruches auf Auszahlung an den oder an die Gläubiger, welche es angeht, enthält. Erst durch die Annahme jener Offerte wird, wenn man von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall des § 75 C.P.O. absieht, der Anspruch auf Auszahlung gegen die Hinterlegungsstelle endgültig der Verfügung des hinterlegenden Schuldners durch Erklärung der Rücknahme der Hinterlegung entzogen. Hätte daher letzterer in einem Falle dieser Art mehr hinterlegt, als er geschuldet hatte, so könnte er vor jener Annahme die Rücknahme des zuviel Hinterlegten erklären; die gegen die Beteiligten auf Einwilligung in die Auszahlung jenes Mehrbetrages erhobene Klage wäre danach nicht eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung, da der hinterlegte Betrag noch nicht in das Vermögen des oder der Gläubiger übergegangen war, sondern hätte lediglich die Bedeutung einer Feststellung, daß dieselben noch keine endgültigen Ansprüche auf Auszahlung der Hinterlegungssumme an sich selbst erworben hatten.

Der Berufungsrichter hat daher rechtlich nicht geirrt, wenn er für den Fall des Vorliegens einer Hinterlegung nach § 853 C.P.O. ausführte, daß die Klägerin, wenn sie mehr hinterlegt hätte, als sie schuldete, nur einen obligatorischen Bereicherungsanspruch hätte, und daß dieser Anspruch nach der gegebenen Sachlage gegen die Konkursmasse nur als Konkursforderung geltend gemacht werden könnte. Allein der Forderungsgläubiger W. hatte, wie der Berufungsrichter nicht verkannte, Teilbeträge seiner Forderung gegen die Klägerin cediert, und die Hinterlegung des ganzen ursprünglichen Schuldbetrages einschließlich der cedierten Teilbeträge ist nach der Hinterlegungserklärung der Klägerin und nach deren Anzeige an das Amtsgericht zu B., dessen Pfändungsbeschluß ihr zuerst zugestellt war, um deswillen erfolgt, weil die Auszahlung durch die ausdrücklich aufgeführten Cessionen an E. sowie an H. & Sch. und durch mehrfache Forderungspfändungen gehemmt sei. Danach lag der Hinterlegung ein Zusammentreffen mehrerer Cessionen mit mehreren Forderungspfändungen zu Grunde, und es ist die Hinterlegung des ganzen ursprünglichen Schuldbetrages erfolgt wegen der Ungewißheit, in welchem Umfange

die Cessionare gegenüber den Pfandrechten der Pfändungsgläubiger bestberechtigte Gläubiger seien. Der Berufungsrichter hat nicht verkannt, daß eine Hinterlegung dieses Inhaltes nicht schlechthin als Hinterlegung nach § 853 C.P.O. beurteilt werden dürfe; er hat auch weiter erwogen, daß in einem nach § 872 (früher 758) C.P.O. über diesen hinterlegten Betrag eingeleiteten Verteilungsverfahren die Cessionare nicht berücksichtigt und angewiesen werden durften, und daß die Klägerin durch die Hinterlegung der cedierten Beträge sich von ihrer Schuld an den hier in Betracht kommenden Cessionar E. nicht habe befreien können, weil diesem gegenüber die Voraussetzungen weder zu einer Hinterlegung nach Artt. 1257 flg. rhein. B.G.B. noch zu einer solchen nach § 853 C.P.O. vorlagen. Er führt sodann aber aus: „Wenn gleichwohl die Klägerin auch den dem E. cedierten Betrag hinterlegte, so hat sie dies offenbar in der Meinung gethan, daß sie ungeachtet der Cession dem W. noch die ganze Summe verschulde, und daß der Cessionar E., ebenso wie die pfändenden Gläubiger, in dem Verteilungsverfahren seine Befriedigung zu suchen und zu finden habe. Obwohl daher die Klägerin in ihrer Hinterlegungserklärung vom 19. März 1898 auch der Cession an E. erwähnt, muß die ganze hinterlegte Summe als auch für W. hinterlegt und als zu seinem Vermögen gehörend angesehen werden."

Diese Ausführungen des Berufungsrichters stellen sich nicht lediglich als Erwägungen thatsächlicher Art dar, sondern fallen in das Gebiet der rechtlichen Würdigung. Sie beruhen aber auf Rechtsirrtum; denn sie lassen ganz außer acht, daß im Hinblick auf das in der Hinterlegungserklärung als Grund der Hinterlegung zum Ausdrucke gebrachte Zusammentreffen mehrerer Cessionen mit mehreren Forderungspfändungen die Hinterlegung den Inhalt hatte, daß der Drittschuldner, welcher auch gegen eine Klage auf Hinterlegung nach § 856 aus der Cession an E. für den an diesen cedierten Betrag eine Einwendung hätte ableiten können, den ganzen Schuldbetrag hinterlegt hat, um den Cessionaren und den Pfändungspfandgläubigern sowie dem Forderungsgläubiger W. die Auseinandersetzung zu überlassen, und daß sonach die hierin nur zum Teil liegende Hinterlegung nach § 853 sich auf den Betrag beschränkte, der bei dieser Auseinandersetzung auf die Cessionen nicht entfalle. Aus diesem Inhalte der Hinterlegung folgt aber, daß die oben dargelegte Wirkung einer

Hinterlegung nach § 853 bezüglich der in ihr als cediert bezeichneten Beträge nur dann in Betracht kommen könnte, wenn die Cessionen nicht zu Recht bestanden, und daß, soweit diese Cessionen zu Recht bestanden, hinsichtlich der cedierten Beträge lediglich eine Hinterlegung in Frage käme, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen wäre, danach vor der Annahme von seiten des Cessionars der Verfügung der hinterlegenden Drittschuldnerin durch Erklärung der Rücknahme unterstand und daher vor dieser Annahme nicht in das Vermögen des Cessionars und vor der Feststellung, daß die Cession nicht zu Recht bestehe, nicht in das Vermögen des W. endgültig übergegangen wäre. Dieser Inhalt der Hinterlegung wurde dadurch nicht geändert, daß die Klägerin von der Hinterlegung unter Anschluß der Cessionen und der ihr zugestellten Pfändungsbeschlüsse an das Amtsgericht B., dessen Pfändungsbeschluß ihr zuerst zugestellt war, Anzeige erstattet hat. Ob das genannte Vollstreckungsgericht diese Anzeige ganz oder in Höhe der cedierten Beträge hätte zurückweisen sollen, kann hier unerörtert bleiben. Jedenfalls wurde an dem Inhalte der Hinterlegung und deren rechtlichen Wirkungen dadurch nichts geändert, daß es das Verteilungsverfahren über den ganzen hinterlegten Betrag eingeleitet hat; denn diese Verfügung enthielt nicht eine rechtsbegründend wirkende Vollstreckungsanordnung, und es kann ihr deshalb nicht die Wirkung beigelegt werden, daß bis zu deren Beseitigung der ganze Betrag als nach § 853 hinterlegt zu beurteilen sei. Hatte sonach die Hinterlegung den dargelegten Inhalt beibehalten, so ist auch die Annahme des Berufungsrichters, auf welcher dessen Entscheidung allein beruht, daß die ganze hinterlegte Summe als zu dem Vermögen des W. gehörend anzusehen sei, in Rechten nicht begründet. Der Cessionar E. hat zwar in dem weiteren Verlaufe der Sache den Standpunkt eingenommen, daß nach dem hier in erster Reihe in Betracht kommenden rheinischen Rechte bei Mehrheit von Forderungsprätendenten eine bloß subjektive Ungewißheit über die Höhe des auf jeden entfallenden Betrages nicht ein zureichender Hinterlegungsgrund sei; er hat deshalb ohne Rücksicht auf die erfolgte Hinterlegung die Zahlung des von ihm auf 5300,07 ℳ beschränkten Cessionsbetrages von der Klägerin begehrt und nach deren rechtskräftiger Verurteilung von ihr diesen Betrag bezahlt erhalten. Allein aus der unter diesen Umständen erfolgten Bezahlung jenes Cessionars

durch die Klägerin kann nicht die Folge abgeleitet werden, daß wegen Wegfalles jener Cession die Hinterlegung nach § 853 zu Gunsten des W. und dessen Pfändungspfändgläubiger den dadurch frei gewordenen Betrag der Hinterlegungssumme mitergreife. Die hinterlegende Schuldnerin kann vielmehr, weil der Cessionar nach der gegebenen Sachlage die durch die Hinterlegung ihm gegenüber gemachte Cessionsofferte nicht angenommen, ersterer sonach noch die Verfügung über diesen Teil der Hinterlegungssumme durch Rücknahmeerklärung zugestanden hatte, aus eigenem Rechte die Rückzahlung des auf diese Cession entfallenden Betrages begehren und auf Grund des jetzt ihr obliegenden Nachweises, daß die Cession in Höhe jenes Betrages zu Recht bestanden habe, und danach bezüglich jenes Betrages eine Hinterlegung nach § 853 nicht bestehe, die Einwilligung des Forderungsgläubigers W. oder jetzt des Konkursverwalters über dessen Nachlaß zu dieser Rückzahlung im Wege der Klage verfolgen. Diese Klage bezweckt, wie bereits oben dargelegt wurde, lediglich die Feststellung, daß W., jetzt dessen Konkursmasse, keinen Anspruch auf Auszahlung dieses Teiles der Hinterlegungssumme habe; sie ist danach gegen den Konkursverwalter in gleichem Maße gerechtfertigt, wie sie gegen W. gerechtfertigt gewesen war. Für diesen Anspruch besteht ferner nicht eine notwendige Streitgenossenschaft zwischen der Konkursmasse des Forderungsgläubigers und den Pfändungspfandgläubigern; eine solche könnte ihre rechtliche Grundlage weder in der Bestimmung des § 30 Nr. 3 der preußischen Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 finden, noch in § 771 Abs. 2 C.P.O., soweit dessen Analogie beigezogen werden wollte; sie könnte auch nicht aus dem dargelegten Zweck und Inhalt der Hinterlegung abgeleitet werden." ...

---

89. Unter welchen Voraussetzungen kann aus § 265 Abs. 3 C.P.O. der Einwand erhoben werden, daß Kläger durch Abtretung des Klaganspruches die Aktivlegitimation verloren habe?

C.P.O. § 265 Abs. 3.
B.G.B. §§ 892. 1138.

V. Civilsenat. Urt. v. 12. Juni 1901 i. S. P. (Kl.) w. E. Ehel. (Bekl.). Rep. V. 85/01.

I. Landgericht Beuthen O. S.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Für den Kläger stand zur Zeit der Klagerhebung (und steht anscheinend auch noch gegenwärtig) auf vier Grundstücken der Beklagten eine Kaufgelderhypothek von 22000 ℳ nach vierteljähriger Kündigung rückzahlbar eingetragen, welche, wenn die Zinsen innerhalb zehn Tagen nach der Fälligkeit gezahlt wurden, bis zum 1. Oktober 1903 unkündbar sein sollte. Wegen dieser Forderung wurden die Beklagten als persönliche und dingliche Schuldner vom Kläger mit der Behauptung in Anspruch genommen, daß sie auf die am 1. Oktober 1899 fällig gewesene Zinsrate des 3. Quartales im Gesamtbetrage von 247 ℳ 50 ₰ bis zum 10. desselben Monats nur 140 ℳ gezahlt hätten, und daß er ihnen daher das Kapital am 13. Oktober zur Rückzahlung nach drei Monaten gekündigt habe. Die Beklagten bestritten, daß Kläger zur Kündigung berechtigt gewesen sei, weil ihnen ein Verzug in der Zinszahlung nicht zur Last falle. Die Zinsen seien teils durch Aufrechnung, teils durch Zahlung rechtzeitig beglichen worden.

Im Laufe der ersten Instanz hat Kläger die Hypothek an Frau Anna Kl. abgetreten, und demzufolge sind auf seinen Antrag die Beklagten vom ersten Richter zur Zahlung der eingeklagten 22000 ℳ an die Cessionarin verurteilt worden.

Sie haben hiergegen Berufung mit dem Antrage auf Abweisung der Klage eingelegt, indem sie nun ausführlich unter Beweis stellen, in welcher Weise eine Tilgung der am 1. Oktober 1899 fällig gewesenen Zinsrate ohne Verzug stattgefunden habe. Die hierauf bezüglichen Behauptungen sind zwischen den Parteien streitig. Unstreitig ist, daß inzwischen die Beklagten die belasteten Grundstücke verkauft und aufgelassen haben, und daß auch die eingeklagte Hypothek von Frau Kl. weiter an den Baumeister G. abgetreten worden ist. Von letzterem hat Kläger den Hypothekenbrief behufs Vorlegung vor dem Berufungsgerichte geliehen erhalten. Er hat ihn auch vorgelegt und nun beantragt, die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Beklagten zur Zahlung nicht an Frau Kl., sondern an den Baumeister

G. verurteilt würden. Die Beklagten haben dem widersprochen, weil Kläger nicht mehr Gläubiger der Forderung sei.

Mit diesem Sachstande schloß die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte. Dieses beraumte Termin zur Verkündung der Entscheidung auf den 26. Januar 1901 an. In letzterem Termine beantragte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers mit Rücksicht darauf, daß nunmehr die Hypothek wieder auf den Kläger gediehen sei, Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung; der Vertreter der Beklagten widersprach diesem Antrage, und das Berufungsgericht lehnte ihn ab. Es verkündete das Urteil dahin, daß unter Abänderung der erstrichterlichen Entscheidung die Klage kostenpflichtig abgewiesen werde. Dieses Urteil ist auf Revision des Klägers aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Revision war stattzugeben, obwohl die von ihr gegen das Berufungsurteil erhobenen Angriffe nicht zutreffen. Die Beklagten sind dadurch, daß sie in erster Instanz, nachdem Kläger die Hypothek an Frau Kl. abgetreten hatte, den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation nicht erhoben haben, nicht gehindert, ihn jetzt in zweiter Instanz dem Kläger entgegenzusetzen. Auch jetzt gründet er sich auf die Thatsache, daß Kläger im Laufe des Prozesses die eingeklagte Hypothek abgetreten hat; es ist daher nicht richtig, wenn die Revision die Frage dahinstellt, ob Kläger durch die Cession, die seitens der Frau Kl. an den Baumeister G. stattgefunden hat, seine Sachlegitimation verloren habe. Nicht um die Einwirkung dieser Cession handelt es sich, sondern um die Rechtsfolgen, die sich an die im Laufe der ersten Instanz erfolgte Abtretung des Klaganspruches knüpfen. Der erste Revisionsangriff ist daher nicht begründet.

Zweifelhafter ist der zweite. Mit ihm verneint der Revisionskläger, daß ein Fall, in welchem § 265 Abs. 3 C.P.O. Anwendung finden könnte, überhaupt vorliege. Denn — so wird ausgeführt — nicht die Rechtsbeständigkeit und der Betrag der Hypothek ständen in Frage, sondern die Fälligkeit, die abhängig sei von den Thatfragen, ob die Beklagten mit der Zinszahlung zum 1. Oktober 1899 mehr als zehn Tage im Verzug gewesen seien, und ob daher die vom Kläger behauptete Kündigung rechtliche Wirkung habe. Über diese Thatfragen ergebe das Grundbuch nichts, und könne darüber auch nichts ergeben.

Sei dies aber der Fall, so finde auch § 892 B.G.B. keine Anwendung. Das ergehende Urteil würde vielmehr auch für und gegen den Cessionar gelten, und somit sei die Voraussetzung, unter der nach § 265 Abs. 3 a. a. O. der dort gedachte Einwand erhoben werden könne, nicht gegeben. Wollte man dieser Ausführung folgen, so würde der Einwand aus § 265 Abs. 3 C.P.O., der Einwand nämlich, daß der Kläger zur Geltendmachung des nach der Klagerhebung von ihm abgetretenen Anspruches nicht mehr befugt sei, nur dann mit Erfolg erhoben werden können, wenn diejenige Rechtsbeziehung zwischen den Parteien, wegen deren das zu erwartende Urteil dem Cessionar gegenüber nicht gelten soll, aus der bisherigen Prozeßlage ersichtlich ist oder von dem Beklagten bei Erhebung des Einwandes ersichtlich gemacht würde. Daß § 265 Abs. 3 in diesem Sinne zu verstehen sei, muß verneint werden. Nicht darauf kommt es an, ob der Beklagte schon einen Einwand erhoben hat, mit Rücksicht auf welchen das künftige Urteil dem Cessionar gegenüber nicht Geltung haben würde, sondern darauf, ob zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis im Prozeß befangen ist, welches dem Beklagten die Erhebung eines solchen Einwandes *ermöglicht*. Ist dies der Fall, so soll der Beklagte nicht genötigt sein, sich weiter mit einem Kläger einzulassen, dessen Abweisung ihn doch gegen eine neue Inanspruchnahme seitens des Cessionars nicht schützen würde. Zu diesem Zwecke giebt ihm § 265 Abs. 3 den Einwand, daß dem Kläger nunmehr die Aktivlegitimation mangele. Der Berufungsrichter hat daher mit Recht (allerdings — wie noch zu erörtern sein wird — nur in Beziehung auf die dingliche Klage) den aus § 265 Abs. 3 C.P.O. erhobenen Einwand als den Beklagten zustehend erachtet, wenngleich *bisher* zwischen den Parteien nur über die Fälligkeit der Hypothek gestritten worden ist, und für *diesen* Streit, so wie er sich bisher entwickelt hat, der Glaube des Grundbuches nicht in Betracht kommt. Denn daß in das Rechtsverhältnis der Beklagten zu dem Cessionar der Hypothek der Glaube des Grundbuches eingreifen würde, oder — wie es in § 325 Abs. 2 C.P.O. heißt — daß für dieses Rechtsverhältnis die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung finden würden, ist unbedenklich, und dies allein genügt, um die Beklagten zu dem Einwande der nunmehr mangelnden Aktivlegitimation gemäß § 265 Abs. 3

zu berechtigen. Wäre daher nur die dingliche Klage erhoben, so würde die Revision ohne Erfolg sein. Sie wäre auch damit nicht zu begründen, was übrigens von ihr auch nicht versucht wird, daß der Berufungsrichter die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 417.

Nun ist aber nicht bloß die dingliche, sondern auch die persönliche Klage erhoben, wie nach den Klaganträgen in erster und zweiter Instanz nicht zweifelhaft sein kann, und dies ist der Punkt, welchen der Berufungsrichter übersehen hat, und bei welchem die Revision durchdringt. Denn soweit die Beklagten als persönliche Schuldner der eingetragenen Kaufgelderforderung von 22000 ℳ in Anspruch genommen werden, steht ihnen der Einwand, daß Kläger durch Abtretung dieser Forderung die Befugnis zu ihrer Geltendmachung verloren habe, nicht zu. Dies ergiebt sich aus § 265 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 C.P.O. Auch aus § 1138 B.G.B. läßt sich etwas Gegenteiliges nicht entnehmen. Denn der Glaube des Grundbuches wird in dieser Vorschrift nicht schlechthin, sondern nur „für die Hypothek", also nur soweit das dingliche Recht in Betracht kommt, auf die persönliche Forderung ausgedehnt. Auf diese Vorschrift könnte sich daher der Cessionar einer Hypothekenforderung, der nur die persönliche Klage erhebt, nicht berufen, und eben deshalb kann sie auch nicht herangezogen werden, um aus ihr die Unwirksamkeit eines die persönliche Klage des Cedenten abweisenden Urteiles gegen den Cessionar herzuleiten. Muß aber der Cessionar ein solches Urteil gegen sich gelten lassen, so entfällt die Voraussetzung, unter welcher der Beklagte mit Rücksicht auf die Cession die Aktivlegitimation des Klägers bestreiten kann. Und was endlich den Antrag anlangt, so ist dieser, wie er hier gestellt ist, nämlich die Beklagten zur Zahlung der abgetretenen Forderung nicht an den Kläger, sondern an den Cessionar zu verurteilen, vom Reichsgerichte bereits in einem ähnlich liegenden Falle zugelassen worden;

vgl. Urt. des VI. Civils. des R.G.'s vom 2. Mai 1898 bei Gruchot, Beiträge Bd. 42 S. 956;

der vorliegende Fall bietet umsoweniger Veranlassung, hiervon abzugehen, als nach dieser Richtung hin von den Beklagten nichts erinnert worden ist. Ob die persönliche Klage begründet ist, darüber hat sich

der Berufungsrichter nicht ausgelassen. Wollte man sie aber mit Rücksicht auf die notdürftige Substanziierung, die der persönliche Anspruch in den bisherigen Ausführungen gefunden hat, für nicht genügend begründet halten, so durfte doch dieser Abweisungsgrund in der Revisionsinstanz nicht substituiert werden, schon deshalb nicht, weil ohne Verletzung des § 139 C.P.O. aus diesem Grunde eine Abweisung der Klage nicht hätte ausgesprochen werden können, und dem Kläger in der Revisionsinstanz die Möglichkeit benommen war, seine thatsächlichen Ausführungen zu ergänzen." . . .

---

90. Ist in den Fällen des § 627 C.P.O. für die Frage, ob eine das Getrenntleben der Ehegatten gestattende einstweilige Verfügung zu erlassen sei, die Vorschrift des § 940 C.P.O., oder lediglich der § 1353 Abs. 2 B.G.B. maßgebend?

IV. Civilsenat. Urt. v. 13. Juni 1901 i. S. W. (Bekl.) w. Ehefrau W. (Kl.). Rep. IV. 113/01.

I. Landgericht Naumburg a. S.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter geht, unter Anlehnung an die Urteile des Reichsgerichts vom 10. Mai 1900, Rep. IV. 65/00, (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 46 S. 382) und vom 14. September 1900, Rep. IV. 274/00, (Jurist. Wochenschrift von 1900 S. 715) davon aus, daß für die Entscheidung der Frage, ob in den Fällen des § 627 C.P.O. eine das Getrenntleben der Eheleute gestattende einstweilige Verfügung erlassen werden dürfe, nicht der § 1353 Abs. 2 B.G.B., sondern die Vorschrift des § 940 C.P.O. als maßgebend in Betracht komme, und daß danach die entsprechende Regelung eines einstweiligen Zustandes statthaft sei, insofern eine solche Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheine.

Dieser Standpunkt wird von der Revision principiell bekämpft; jedoch können die desfallsigen Ausführungen als zutreffend nicht anerkannt werden.

Solange für die Regelung des sogenannten Interimistikums in Ehesachen besondere landesrechtliche Bestimmungen bestanden, welche nach § 16 Nr. 4 Einf.-Ges. zur C.P.O. vom 30. Januar 1877 in Kraft geblieben waren, mußte allerdings die Vorfrage, ob eine Regelung der in Rede stehenden Art während des Ehescheidungsprozesses überhaupt zulässig sei, nach jenen dem bürgerlichen Rechte angehörigen Vorschriften beantwortet werden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 311 und Gruchot's Beitr. Bd. 27 S. 960.

Dies galt insbesondere auch im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechts, sodaß in Ehescheidungssachen die Bestimmungen der §§ 815—822 C.P.O. a. F. neben den Vorschriften der §§ 723 flg. A.L.R. II. 1 im wesentlichen nur eine formale, das prozessuale Verfahren betreffende Bedeutung haben konnten. Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts ist in dieser Beziehung aber eine Veränderung eingetreten. Denn während im ersten Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 1255. 1267. 1462) bezüglich der in Ehesachen zu erlassenden einstweiligen Verfügungen noch gewisse Bestimmungen vorgesehen waren (welche später mit einigen Modifikationen im § 627 C.P.O. ihren Platz gefunden haben), fehlen solche Vorschriften in dem nunmehr an die Stelle jener früheren Landesgesetze getretenen Bürgerlichen Gesetzbuche gänzlich. Auch eine etwaige entsprechende Anwendung des an sich für einen anderen Fall Bestimmung treffenden § 1353 Abs. 2 B.G.B. würde nicht genügen können, um die Frage erschöpfend zu beantworten, unter welchen Umständen die im § 627 C.P.O. vorgesehenen einstweiligen Verfügungen statthaft sein möchten. Zwar werden diejenigen Voraussetzungen, unter welchen eine einstweilige Verfügung in Ehesachen als gerechtfertigt erscheint, sich vielfach mit denjenigen Voraussetzungen decken, unter denen die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft auf Grund des § 1353 Abs. 2 B.G.B. verweigert werden darf; darüber hinaus sind aber noch mannigfache Fälle denkbar, in welchen es zur Abwendung wesentlicher Nachteile durchaus geboten erscheint, das Getrenntleben der Ehegatten während des zwischen ihnen wegen Trennung der Ehe schwebenden

Streites einstweilen zu gestatten, obwohl die Voraussetzungen des § 1353 Abs. 2 B.G.B. nicht vorliegen. Dies gilt sowohl für Ehescheidungssachen, wie auch namentlich für diejenigen Rechtsstreitigkeiten, welche die Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstand haben, zumal bei Prozessen dieser letzteren Art der Schlußsatz des § 1353 B.G.B. überhaupt nicht passen würde. Dazu kommt noch, daß durch die im § 627 C.P.O. erwähnten einstweiligen Verfügungen nicht bloß Anordnungen bezüglich des Getrenntlebens der Ehegatten, sondern auch Regelungen und Anordnungen anderer Art getroffen werden können, und daß im § 627 a. a. O. dabei doch nur insoweit, als speciell die Regelung der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten in Frage kommt, eine einzelne Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches (nämlich der § 1361) als maßgebend in Bezug genommen worden ist, während im übrigen lediglich auf die §§ 936 bis 944 C.P.O. verwiesen wird. Hieraus ergiebt sich, daß die Vorschrift des § 940 C.P.O. nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Beziehung eine wesentliche Ergänzung für das im § 627 a. a. O. vorgesehene Verfahren bildet, und daß somit an der Hand des § 940 a. a. O. zu prüfen ist, ob insbesondere ein Getrenntleben der Ehegatten für die Dauer des Rechtsstreites gestattet werden darf." ...

---

91. Zulässigkeit der Feststellungsklage in betreff der Verpflichtung des Vaters, seiner Tochter im Falle ihrer Verheiratung eine Aussteuer zu gewähren.

B.G.B. § 1620.

IV. Civilsenat. Urt. v. 17. Juni 1901 i. S. O. (Kl.) w. O. (Bekl.). Rep. IV. 124/01.

I. Landgericht Gotha.
II. Oberlandesgericht Jena.

Die Klägerin, eine großjährige Tochter des Beklagten, die sich, angeblich im April 1900 ohne Zustimmung des Beklagten, mit dem Architekten R. K. in G. verlobt hatte, klagte mit dem Antrage: festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr im Falle ihrer Ver-

ehelichung mit dem Architekten R. K. eine Aussteuer im Werte von 3500 ℳ zu beschaffen, oder diesen Betrag in bar an sie zur Beschaffung einer Aussteuer zu zahlen; eventuell schon jetzt den Beklagten zur künftigen Leistung dieses Anspruches zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage auf Grund der Feststellung, daß der Beklagte ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhaltes zur Gewährung der geforderten Aussteuer nicht imstande sei, abgewiesen. Auf die von der Klägerin eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht, ohne in die vom Landgerichte vorgenommene Prüfung einzutreten, die Berufung lediglich aus dem formellen Grunde, daß weder die Feststellungsklage, noch auch die Klage auf künftige Leistung zulässig sei, zurückgewiesen. Die Klägerin hat Revision eingelegt und ihren in der Berufungsinstanz aufrecht erhaltenen Klagantrag wiederholt.

Das Reichsgericht hat der Revision stattgegeben aus folgenden

Gründen:

„Die Revision ist, auch insoweit die Klägerin sich über die Nichtzulassung des Feststellungsantrages beschwert, begründet. Eines Eingehens auf die Zurückweisung des nur eventuell gestellten Leistungsantrages bedarf es deshalb nicht. Das Berufungsgericht giebt für seine Ansicht, daß die Feststellungsklage unzulässig sei, folgende Begründung: nach § 1620 B.G.B. sei der Vater verpflichtet, einer Tochter im Falle ihrer Verheiratung zur Einrichtung des Haushaltes eine angemessene Aussteuer zu gewähren. Die Worte „im Falle ihrer Verheiratung" enthielten eine sogenannte conditio juris, d. h. das Gesetz stelle hier ein Thatbestandsmoment fest, das nötig sei zur Entstehung des Anspruches. Es verhalte sich nicht anders, als wenn das Gesetz im § 1924 als gesetzliche Erben der ersten Ordnung die Abkömmlinge des Erblassers bezeichne und zugleich im § 1923 bestimme, daß Erbe nur werden könne, wer zur Zeit des Erbfalles lebe. Wie im letzteren Falle, ebenso bei der testamentarischen oder vertragsmäßigen Erbeinsetzung, ein Recht auf die Erbfolge für den Einzelnen bei Lebzeiten des Erblassers nicht vorhanden sei, auch kein bedingtes, weil eben das eine Thatbestandsmoment, welches zum Entstehen eines solchen Rechtes nach dem Gesetze nötig sei, noch fehle, ebenso liege es auch im Falle des § 1620: auch hier müsse, um die gesetzliche Obligation zwischen Vater und Tochter, auf Grund welcher die Klägerin die Aussteuer fordern wolle, zur Entstehung zu bringen, das That-

bestandsmoment der Eheschließung erst eingetreten sein. Es sei auch jetzt noch kein bedingtes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien entstanden, weil ein bedingtes Rechtsverhältnis nur dann vorliege, wenn eine Nebenbestimmung, kraft deren die Wirkung eines Rechtsgeschäftes von dem Eintritte eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig sei, von den Parteien durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung derselben einem Rechtsgeschäfte beigefügt sei. Dafür, daß das Recht erst mit der Eheschließung entstehe, sei zu vergleichen § 1623 und § 198 B.G.B. Im vorliegenden Falle fehle also das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses, wie es zur Anstellung einer Feststellungsklage in den §§ 256. 259 C.P.O. vorausgesetzt werde, und müsse aus diesem Grunde die Berufung zurückgewiesen werden."

Dieser Ausführung des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden. Zunächst ist der Versuch, das der Tochter nach Maßgabe des § 1620 B.G.B. zustehende Recht auf Gewährung einer Aussteuer seitens ihres Vaters im Falle ihrer Verheiratung mit einem Erbrechte zu vergleichen, verfehlt. Nach dem Satze „vivi hereditas non datur", § 1922 B.G.B., ist begrifflich bei Lebzeiten des Erblassers ein Erbrecht auf seinen Nachlaß nicht gegeben; begrifflich ist deshalb auch die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines erbrechtlichen Rechtsverhältnisses bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden ausgeschlossen. Ob aber das Rechtsverhältnis, wie es nach § 1620 B.G.B. zwischen Vater und Tochter bezüglich der Aussteuerpflicht besteht, ein solches ist, daß vor der Verheiratung eine Klage der Tochter auf Feststellung des Bestehens der Verpflichtung des Vaters zur Gewährung einer Aussteuer an sie in bestimmter Höhe bei ihrer Verheiratung unbedingt ausgeschlossen, oder unter Umständen zuzulassen ist, läßt sich nur aus der Natur jenes Rechtsverhältnisses selbst beurteilen. Für die Ausschließung der Feststellungsklage folgt aus den vom Berufungsgerichte in Bezug genommenen §§ 1623 und 198 B.G.B. nichts; denn der Umstand, daß der Anspruch auf die Aussteuer in einem Jahre von der Eingehung der Ehe an verjährt, ist für den mit der Eingehung der Ehe gegebenen Leistungsanspruch, nicht aber für den etwa vorher gegebenen, der Verjährung nicht unterliegenden Feststellungsanspruch von Bedeutung. Auch folgt nichts aus dem Hinweise des Berufungsgerichts auf die sogenannten conditiones juris, da die Frage, wann der Anspruch auf Gewährung der Aussteuer zur Entstehung gelangt,

für den Leistungsanspruch, nicht aber für den Feststellungsanspruch ins Gewicht fällt. Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Feststellungsanspruches ist vielmehr von folgender Grundlage auszugehen.

Gesetzlich ist das Verhältnis des Vaters zu seiner Tochter nach § 1620 B.G.B. ein solches, daß er im Falle ihrer Verheiratung ihr zur Einrichtung des Haushaltes eine angemessene Aussteuer zu gewähren verpflichtet ist, insoweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhaltes dazu imstande ist, und nicht die Tochter ein zur Beschaffung der Aussteuer ausreichendes Vermögen hat. Würde die Tochter nur auf Anerkennung dieses Rechtssatzes klagen, so würde eine solche Feststellungsklage nicht zuzulassen sein. Allein so hat die Klägerin auch nicht geklagt. Indem sie unter Beweis stellt, daß sie sich mit dem Architekten R. K. verlobt habe, und so einen thatsächlichen Anhalt für die Annahme giebt, daß ihre Verheiratung bevorstehe, entnimmt sie aus dem Umstande, daß der Beklagte sich ausdrücklich geweigert hat, der Klägerin eine Aussteuer zu gewähren, Veranlassung, gegen ihn auf Feststellung seiner Verpflichtung zur Gewährung einer Aussteuer an sie bei ihrer Verheiratung in dem von ihr angeführten, angeblich angemessenen Betrage zu klagen. Daß die Klägerin bei dieser Sachlage ein wirtschaftliches Interesse hat, die Verpflichtung des Beklagten schon jetzt feststellen zu lassen, liegt auf der Hand. Daß dieses wirtschaftliche Interesse aber ausreichend ist, um die Erhebung einer Feststellungsklage zu rechtfertigen, ist, wie in dem Urteile des VI. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 18. April 1895 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 35 S. 392) für einen ähnlichen Fall zutreffend ausgeführt wird, gleichfalls nicht zu bezweifeln. Auch kann ein rechtliches Bedenken gegen die Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage nicht darin gefunden werden, daß der Zustand des Vermögens des Beklagten zur Zeit der Verheiratung der Klägerin jetzt im voraus sich nicht ermitteln lasse; diese Frage ist vielmehr thatsächlicher Natur und gehört zur sachgemäßen Beweiswürdigung.

Das Berufungsurteil unterliegt hiernach der Aufhebung, und, da die Sachlage streitig, so ist die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung geboten."

92. Haben die von einer Prozeßpartei erhobenen schriftlichen und von den Ausstellern unterzeichneten Zeugenaussagen (sog. schriftliche Privatzeugnisse im weiteren Sinne) im Urkundenprozesse Beweiskraft? C.P.O. §§ 592. 595.

II. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1901 i. S. L. (Kl.) w. L. (Bekl.). Rep. II. 152/01.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Diese Frage ist verneint worden aus den folgenden

Gründen:

. . . „Der Kläger hatte in der Berufungsinstanz zum Beweise dafür, daß die Beklagten während der hier in Frage stehenden Zeit nicht in Notlage waren, schriftliche Erklärungen einer Anzahl in Düsseldorf wohnender Personen vorgelegt, welche, auf Veranlassung des Klägers ausgestellt und unterzeichnet, Beurkundungen von Wahrnehmungen der Aussteller über die Geschäfts- und Lebensverhältnisse der Beklagten enthielten. Die Revision stützt die Rüge eines prozessualen Verstoßes auf den Teil der Urteilsgründe, in dem gesagt ist: „Diese schriftlichen Auskünfte besitzen keinerlei Beweiskraft; der nach § 595 C.P.O. im Wechselprozeß unzulässige Beweis durch Zeugen kann nicht durch Vorlegung schriftlicher Erklärungen der betreffenden Personen ersetzt werden".

Die Rüge ist nicht gerechtfertigt. Die Civilprozeßordnung hat zwar bei der Zulassung der Urkunden zu dem nach § 592 und § 595 C.P.O. zu führenden Beweise keine weiteren Schranken gesetzt und nicht etwa erfordert, daß die Urkunden öffentliche seien oder als Privaturkunden bestimmten Erfordernissen entsprechen. Es genügt vielmehr, wie bereits in den Motiven zur Civilprozeßordnung S. 346 (vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 388) ausgesprochen ist, und der erkennende Senat in dem Urteil vom 5. Dezember 1882 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 45) angenommen hat, daß Urkunden vorliegen, aus denen das Gericht gemäß § 286 (früher 259) C.P.O. die volle Überzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsachen schöpfen könne. Ob demzufolge Protokolle über Zeugenvernehmungen von einem anderen als

zeßgerichte in diesem Sinne taugliche Urkunden sind und im Urkundenprozesse verwendet werden können, wie in der re mit Bezug auf jenes Urteil des erkennenden Senates über- angenommen wird, bedarf hier nicht einer wiederholten Ent- ; denn nach der hier gegebenen Sachlage kommen lediglich Partei zu Zwecken der Beweisführung außergerichtlich er- chriftliche Erklärungen von Zeugen (sog. außergerichtliche oder Zeugnisse im weiteren Sinne) in Betracht. Diese haben Prozesse, wenn und solange in der Person ihrer Aussteller dernis zu einer prozeßordnungsgemäßen Vernehmung nicht ist, für sich allein, bevor nicht eine gerichtliche Vernehmung keine Beweiskraft nach den §§ 286 und 373 C.P.O., wie der Berufungsrichter zutreffend angenommen hat. Das Fehlen der **Beweiskraft beruht nicht etwa darauf, daß eine jenen außergericht- lichen Zeugenangaben als Zeugnisurkunden an sich zukommende Be- weiskraft ihnen durch ein als Beweiseinrede zu beurteilendes Vor- bringen des Gegners, es seien deren Aussteller als Zeugen zu vernehmen, entzogen würde, sondern auf der Erwägung, daß, solange das für die richterliche Überzeugung bessere Beweismittel einer gerichtlichen Ver- nehmung zugänglich sei, einer von der Civilprozeßordnung an sich für die Beweisermittelung nicht zugelassenen außergerichtlichen Feststellung von Zeugenaussagen selbständige Beweiskraft nicht zukommen könne, und daß die jener Feststellung von seiten der Zeugen gegebene Form einer urkundlichen Erklärung daran nichts ändere. Dieser Grund greift daher in gleichem Maße auch dann Platz, wenn solche von der Partei außergerichtlich erhobenen urkundlichen Erklärungen von Zeugen im Ur- kundenprozesse, der an sich den Zeugenbeweis ausschließt, gebraucht werden; seine Befolgung erscheint in diesem Verfahren um deswillen noch besonders gerechtfertigt, weil dem Gegner ein Beweisantritt durch Berufung auf eine dem Gesetze entsprechende Erhebung des Zeugen- beweises durch gerichtliche Vernehmung der Zeugen verschlossen wäre. Dafür aber, daß der Gesetzgeber, der im Urkundenprozesse eine Beweisantretung durch Beantragung der Vernehmung sistierter Zeugen nicht zugelassen hat, für diese Prozeßart die dargelegten, für den Richter bei seiner im übrigen nach § 286 C.P.O. freien Beweis- würdigung zwingenden Grundsätze über die Form der Beweis- ermittelung durchbrechen und den außergerichtlich in urkundlicher Form**

gemachten Aussagen von Zeugen eine größere Beweiskraft habe beilegen wollen, fehlt es an jedem Anhalt. Die für die Glaubhaftmachung in § 294 C.P.O. enthaltene Ausnahmebestimmung kann auf den vollen Beweis nach § 286 C.P.O. erfordernden Urkundenprozeß nicht ausgedehnt werden." . . .

---

93. Wird eine mangelhaft erhobene Klage durch Berichtigung oder Ergänzung in der mündlichen Verhandlung in Ermangelung einer rechtzeitigen Rüge seitens des Beklagten rechtswirksam? Tritt eine solche Heilung des Mangels auch dann ein, wenn der Klagantrag bei der mündlichen Verhandlung gegen einen anderen Beklagten gerichtet wird, als denjenigen, gegen den sich die durch Zustellung eines Schriftsatzes erhobene Klage richtete?

C.P.O. §§ 253. 295 Abs. 2.

I. Civilsenat. Urt. v. 26. Juni 1901 i. S. Gebr. Sch. & Co. (Kl.) w. F. (Bekl.). Rep. I. 162/01.

I. Landgericht Halle a. S., Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Klägerin hatte als legitimierte Inhaberin der am 25. September 1900 fälligen, bei der Firma K. & Co. in Berlin domizilierten Tratte auf Grund des nachstehenden Acceptes:

„Elektrische Kleinbahn im Mansfelder Bergrevier:
Betriebsdirektion
E. F."

Klage auf Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Wechselunkosten erhoben gegen

„die Elektrische Kleinbahn im Mansfelder Bergrevier, Betriebsdirektion zu Bahnhof Mansfeld".

Diese Klage wurde dem Betriebsdirektor E. F. zu Mansfeld zugestellt. Im ersten Termine zur mündlichen Verhandlung erschien für die Beklagte ein von F. mit Prozeßvollmacht versehener Anwalt, der sich als dessen Vertreter meldete und Abweisung der Klage beantragte, weil die ursprüngliche Beklagte nur eine unselbständige Abteilung der

inzwischen in Konkurs geratenen Firma K. & Co. zu Berlin sei und sich mangels eigener Rechtspersönlichkeit wechselrechtlich nicht habe verpflichten können. Die Verhandlung wurde vertagt, und es stellte nunmehr Klägerin dem gegnerischen Anwalte einen Schriftsatz zu, worin unter Bezugnahme auf dessen im Termine abgegebene Erklärung ausgeführt wird, daß F. hiernach das Accept unbefugt abgegeben haben müsse und gemäß Art. 95 W.O. persönlich hafte. Demnach werde die Klage gegen ihn persönlich mit dem ursprünglich gestellten Antrage gerichtet. In der folgenden mündlichen Verhandlung ließ Klägerin die Klage gegen die Elektrische Kleinbahn fallen und beantragte, den F. nach der Klage zu verurteilen. Dieser Beklagte erklärte darauf durch seinen Prozeßbevollmächtigten, er beantrage Abweisung der Klage, weil Art. 95 W.O. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde. Der erste Richter hat auf Grund sachlicher Prüfung des gegen den Beklagten F. erhobenen Anspruches die Klage kostenpflichtig abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin eingelegte Berufung, ohne sich auf eine Prüfung der Sache selbst einzulassen, zurückgewiesen, weil gegen den Beklagten F. eine den Vorschriften des § 253 C.P.O. entsprechende Klage nicht erhoben sei. Auf eingelegte Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Das angefochtene Urteil beruht auf Verletzung der §§ 253. 295 Abs. 2 C.P.O.

Es geht davon aus, daß an sich in der Hereinziehung eines in der Klageschrift nicht benannten Beklagten in den Prozeß eine Klagänderung liegt, daß aber die Vorschriften des § 253 C.P.O. über die Klagerhebung solche sind, auf deren Befolgung die Partei wirksam nicht verzichten kann. Hieraus wird gefolgert, daß, da gegen den Beklagten F. eine vorschriftsmäßige Klage nicht erhoben ist, die Klage gegen ihn abgewiesen werden muß.

Die Änderung in der Person der Prozeßsubjekte ist allerdings wiederholt auch vom Reichsgerichte unter den Gesichtspunkt der Klagänderung gebracht worden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 341, Bd. 19 S. 185; Bolze, Praxis Bd. 12 Nr. 648 und 702, Bd. 13 Nr. 648a, Bd. 14 Nr. 598c.

Es kommt aber hierauf nicht an. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob eine mangelhaft erhobene Klage durch Berichtigung oder Ergänzung in der mündlichen Verhandlung in Ermangelung einer rechtzeitigen Rüge seitens des Beklagten in Gemäßheit des § 295 C.P.O. rechtswirksam wird, und ob eine solche Heilung des Mangels auch dann eintritt, wenn der Klagantrag bei der mündlichen Verhandlung gegen einen anderen Beklagten gerichtet wird, als gegen denjenigen, gegen den sich die durch Zustellung eines Schriftsatzes gemäß § 253 C.P.O. erhobene Klage richtete.

Durch die Annahme, daß die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Klagerhebung absolut zwingender Natur seien, sodaß auf deren Befolgung parteiseitig nicht verzichtet werden könne, setzt sich der Vorderrichter nicht nur in Widerspruch mit der ständigen Judikatur des Reichsgerichts, an der festzuhalten ist, sondern auch mit der fast einstimmigen Meinung der Schriftsteller, wonach das Fehlen der gesetzlichen Klagerfordernisse durch den ohne Widerspruch des Beklagten erfolgten mündlichen Vortrag geheilt wird.

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 337, Bd. 22 S. 420, Bd. 39 S. 292; Bolze, Praxis Bd. 7 Nr. 955; Jurist. Wochenschr. 1894 S. 62 Nr. 5, S. 278 Nr. 4.

Auch der vom Vorderrichter selbst angezogene Kommentar von v. Wilmowski u. Levy (Bem. 2 zu § 230 a. F.; vgl. § 240 Bem. 1) hält eine Ergänzung der wesentlichen Klagebestandteile in der mündlichen Verhandlung mit Einwilligung des Beklagten für zulässig und behandelt die Substituierung eines anderen Beklagten als Klagänderung. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht allerdings die gleichfalls vom Vorderrichter angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Kassel (Seuffert, Archiv Bd. 48 S. 460) — anders Oberlandesgericht Braunschweig (ebenda S. 222) —, welche sich ihrerseits auf Reincke, Civilprozeßordnung, und Fitting in der Zeitschrift für Civilprozeßordnung Bd. 11 S. 33 beruft. Reincke hält aber in der 4. Aufl. zu § 253 Note Cb den Rügeverzicht des § 295 C.P.O., vorausgesetzt daß eine dem Gesetze entsprechende Klagerhebung an sich vorliegt, auf den Eintritt „eines an derselben nicht beteiligten Dritten" in den Rechtsstreit für anwendbar, und Fitting (a. a. O. S. 31) erkennt selbst an, daß er mit seiner Aufstellung gegen eine ganz allgemeine Ansicht verstoße.

Wie Fitting ferner Schwalbach im Archiv für Civilprozeß Bd. 44 S. 276, und Neſſel, Beiträge zur Erläuterung des deutſchen Rechts Bd. 30 S. 179.

Fitting's Gründe ſind nicht überzeugend, insbeſondere führt die herrſchende Anſicht nicht, wie er meint, zu der Konſequenz, daß die Parteien kraft Übereinkunft im Anwaltsprozeſſe ebenſo, wie im Parteiprozeſſe (§ 500 C.P.O.), auch ohne jede ſchriftliche Klagerhebung zur Verhandlung des Rechtsſtreites vor Gericht erſcheinen könnten. Denn ohne Terminsanſetzung iſt eine Verhandlung im Anwaltsprozeſſe ausgeſchloſſen, und jene findet nur im anhängigen Rechtsſtreite auf der einzureichenden Ladung, oder für den anhängig zu machenden auf der einzureichenden Klageſchrift ſtatt. Unſtichhaltig iſt auch der vom Oberlandesgerichte Kaſſel ſelbſt angegebene Grund, daß die Thatſache der Klagerhebung wegen der daraus entſpringenden Rechtswirkungen feſtſtehen müſſe. War der Anſpruch in der zugeſtellten Klageſchrift noch nicht erhoben, ſo tritt ſeine Rechtshängigkeit gemäß § 281 C.P.O. mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung ein.

Vgl. Hellmann, Lehrbuch des deutſchen Civilprozeßrechts S. 419. 420.

Geht man aber davon aus, daß die Mängel der Klagerhebung durch widerſpruchsloſen Vortrag in der mündlichen Verhandlung geheilt werden können, ſo iſt auch die Folgerung nicht abzuweiſen, daß in der mündlichen Verhandlung eine Änderung der Prozeßſubjekte herbeigeführt werden, ein neuer Kläger in den Rechtsſtreit eintreten, ein neuer Beklagter in ihn hineingezogen werden kann.

Das Reichsgericht hat denn auch bereits in wiederholten Entſcheidungen, zum Teil unter dem Geſichtspunkte der Klagänderung, die Subſtituierung einer anderen Prozeßpartei ſowohl auf ſeiten des Klägers, wie auch auf ſeiten des Beklagten mit Einwilligung des letzteren zugelaſſen.

Vgl. Entſch. des R.G.'s in Civilſ. Bd. 33 S. 372; Bolze, Praxis Bd. 13 Nr. 648a, Bd. 23 Nr. 748, Bd. 2 Nr. 1810.

Auf den erſten Blick ſcheint abzuweichen die Entſcheidung des V. Civilſenates bei Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 440, inſofern geſagt wird, „es widerſpreche den Vorſchriften der Civilprozeßordnung, insbeſondere dem § 230, nach welchem eine Partei die Rechte des Klägers nur

durch Zustellung der Klage erwirbt, daß die Geschwister F. als Mitkläger zugelassen werden wollten". Für den konkreten Fall traf es aber zu, daß die Geschwister F. die Rechte des Klägers nur mit Zustellung der Klage hätten erwerben können, weil ihr Beitritt erst in zweiter Instanz und gegen den Widerspruch der Beklagten erfolgt war. Die Abweichung ist daher in Wirklichkeit nicht vorhanden.

Auch in der Litteratur wird der Ansicht des Reichsgerichts überwiegend zugestimmt.

Vgl. außer den bereits Angeführten: die Kommentare von Gaupp-Stein zu § 268 Note 8; Petersen-Anger zu § 253 Bemerkung 14; Seuffert, zu § 240 Note 2, und Schmidt, Klagänderung S. 210.

Kleinfeller (in der Jurist. Monatsschrift Bd. 3 S. 139 flg.) führt allerdings aus, daß, wenn auch der Eintritt eines anderen Klägers in den Prozeß mit Einwilligung des Beklagten zuzulassen sein dürfte, dies doch nicht umgekehrt gelte von der Hereinziehung eines anderen Beklagten in den Prozeß, da ein solcher Personenwechsel sich nur durch Klagezurücknahme und Erhebung einer neuen Klage vollziehen könne.

Hierauf ist aber zu erwidern, daß einerseits die Hereinziehung eines neuen Beklagten nicht notwendig die Zurücknahme der Klage gegen den alten Beklagten voraussetzt, vielmehr letztere Klage dabei aufrecht erhalten werden kann, anderseits auch die einfache Klagänderung rechtlich die Erhebung einer neuen Klage, d. h. die gerichtliche Geltendmachung eines bisher nicht erhobenen Anspruches bedeutet.

Wenn endlich vom Oberlandesgerichte Kassel (Seuffert, Archiv Bd. 48 Nr. 289) eingewendet wird, daß gegen eine solche Erstreckung des Begriffes der Klagänderung die absurde Konsequenz spreche, daß dann auch das Gericht Gegenstand der Klagänderung sein müßte, sodaß es den Parteien freistände, einen Prozeß von einem Gerichte zum anderen hinüberzuspielen, so ist das gänzlich abwegig. Denn der Klaganspruch hat weder in subjektiver Beziehung, noch inhaltlich irgend etwas zu thun mit dem Gerichte, bei dem er anhängig gemacht wird. Er kann bei verschiedenen Gerichten, gleichzeitig oder nacheinander, anhängig gemacht werden (vorbehaltlich der Einrede der Rechtshängigkeit); es entsteht dann aber jedesmal ein besonderer Rechtsstreit.

Im vorliegenden Falle wurde die Klage bei der zweiten mündlichen Verhandlung erster Instanz gegen den Beklagten F. persönlich

gerichtet. Derselbe hat, ohne den Mangel der Klagerhebung zu rügen noch einer Klagänderung zu widersprechen, sich auf die gegen ihn erhobene Klage sachlich eingelassen, obwohl ihm der Mangel bekannt sein mußte. Damit ist er rechtswirksam als Beklagter in den Prozeß eingetreten (§ 295 Abs. 1 C.P.O.)" . . .

---

94. Bezieht sich § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. auch auf Ansprüche, die in zweiter Instanz neu erhoben worden sind?

V. Civilsenat. Urt. v. 6. Juli 1901 i. S. F. (Bekl. u. Widerkl.) w. Ehel. St. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 150/01.

I. Landgericht Schneidemühl.
II. Oberlandesgericht Posen.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 11 S. 38 abgedruckt.

---

95. Darf das Berufungsgericht, wenn in erster Instanz die Entscheidung über einen Klagantrag von einem Eide abhängig gemacht ist, und nur Berufung des Klägers vorliegt, von Amts wegen einen Teil jenes Klagantrages unbedingt abweisen? C.P.O. § 536.

II. Civilsenat. Urt. v. 12. Juli 1901 i. S. S. (Kl.) w. R. & Co. (Bekl.). Rep. II. 186/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Mit der Klage waren die Anträge gestellt, die Beklagte zur Zahlung eines vorerst in Höhe von 2000 ℳ beanspruchten Schadens zu ver-

urteilen und derselben eine Wiederholung und Verbreitung der Behauptungen zu verbieten,

1. daß die Verwendung des Wortes Valvoline durch die Klägerin einen Mißbrauch der Rechte der Beklagten und von Rechten der Firma L. & E. darstelle,
2. daß sie berechtigt sei, gegen diejenigen vorzugehen, die nach Bezug von Waren durch die Klägerin beim Vertrieb der Waren das Wort Valvoline verwenden,
3. daß die Klägerin zur Löschung ihres unter Nr. 1057 eingetragenen Warenzeichens verurteilt sei.

Diese Klaganträge waren auf die Verbreitung dreier Cirkulare, von denen Abdrücke der Klage beilagen, durch die Beklagte auch nach Kenntnis eines am 5. April 1898 verkündeten reichsgerichtlichen Urteiles, auf den Inhalt eines Schreibens der Beklagten an S. & H. vom 11. August 1899 und endlich darauf begründet, daß Beklagte dem Inhalte dieses letzteren Schreibens entsprechende Behauptungen in verschiedener anderer Weise verbreiten lasse. Das Landgericht beurteilte das Vorbringen der Klägerin von dem Gesichtspunkt des § 1 des Wettbewerbgesetzes; indem es überdies das zuletzt hervorgehobene Vorbringen überging, erkannte es auf einen Eid der Teilhaber der verklagten Gesellschaft über die behauptete Verbreitung jener Cirkulare auch nach Kenntnis des reichsgerichtlichen Urteiles und sprach für den Fall der Eidesweigerung als Folge aus, daß den Beklagten die Wiederholung und Verbreitung der in dem Klagantrage unter 1—3 bezeichneten Behauptungen in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt seien, verboten und die Schadensersatzklage dem Grunde nach für berechtigt erklärt werde. Auf Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht, welches annahm, daß in der bereits bewiesenen Verbreitung des Cirkulares 2 nach Kenntnis der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 5. April 1898 ein Verstoß gegen § 12 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen liege, durch Teilurteil vom 11. Mai 1900, gegen welches eine Revision nicht eingelegt wurde, das angefochtene Urteil insoweit abgeändert, daß den Beklagten unbedingt die Verbreitung der unter Ziff. 3 des Klagantrages bezeichneten Behauptung verboten werde. Sodann hat es mit Urteil vom 25. März

1901 das angefochtene Urteil im übrigen dahin abgeändert, daß unter Abweisung aller weitergehenden Verbots- und Schadensansprüche im Falle der Verweigerung des in etwas abgeänderter Norm aufrecht erhaltenen Eides der Schadensanspruch der Klägerin, soweit er sich darauf stützt, daß die Beklagte nach Verkündung des reichsgerichtlichen Urteiles vom 5. April 1898 Cirkulare wie Anlage 1—3 der Klage außer an H. noch anderweit versendet habe, als dem Grunde nach berechtigt erklärt werde. Auf die Revision der Klägerin wurde dieses Urteil insoweit aufgehoben, als dadurch unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteiles der Klagantrag auf Erlassung der unter 1 und 2 bezeichneten Verbote unbedingt abgewiesen ist, und erkannt, daß es in dieser Hinsicht bei dem Urteil der ersten Instanz verbleibe.

Aus den Gründen:

„Die Revision mußte . . . in einem Punkte Erfolg haben, der zwar nicht zum Gegenstand einer besonderen Rüge gemacht, aber doch zu beachten war. Der erste Richter hat in seiner Urteilsformel die Entscheidung über den Klagantrag auf Erlassung der unter Ziff. 1, 2 und 3 bezeichneten Verbote und die Entscheidung über den Grund des Schadensanspruches auf einen von dem Berufungsrichter im wesentlichen nicht abgeänderten Eid der Teilhaber der verklagten Firma gestellt, der das Vorbringen betraf, daß Beklagte auch nach Erlassung des reichsgerichtlichen Urteiles vom 5. April 1898 die Cirkulare 1—3 noch anderweit außer an H. versendet habe. Gegen dieses Urteil hat nur die Klägerin Berufung eingelegt. Soweit durch das nicht angefochtene Teilurteil des Oberlandesgerichtes vom 11. Mai 1900 über Ziff. 3 jener Anträge auf Ausspruch eines Verbotes unbedingt zu Gunsten der Klägerin erkannt ist, scheidet dieser Teil jenes Klagantrages aus. In seinem hier allein in Betracht kommenden Urteile vom 25. März 1901 hat aber der Berufungsrichter zu Ungunsten der Klägerin unbedingt abgewiesen den Klagantrag auf Ausspruch der unter Ziff. 1 und 2 bezeichneten Verbote, und unter Beschränkung der Eidesfolgen auf den Schadensersatzanspruch, soweit er sich auf Verbreitung der Cirkulare nach dem 5. April 1898 stützte, auch unbedingt abgewiesen die weiter auf andere Vorgänge begründeten Schadensansprüche. Zwar entspricht dieser Ausspruch, auch soweit die Anträge auf die unter Ziff. 1 und 2 bezeichneten Verbote

in Betracht kommen, der Annahme des Berufungsrichters, daß das Schreiben an S. & H. keinen Verstoß gegen § 6 des Wettbewerbgesetzes enthalte, und daß das Gegenteil des weiteren, in dem Beweisbeschlusse vom 11. Mai 1900 zusammengefaßten Vorbringens für erwiesen erachtet werde. Allein auf diese Vorgänge war jene Entscheidung des ersten Richters, wie schon die Eidesnorm ergiebt, nicht gestützt. Der unbedingten Abweisung jener Anträge auf Ausspruch der unter Ziff. 1 und 2 bezeichneten Verbote steht deshalb das aus § 536 (früher 498) C.P.O. sich ergebende Bedenken entgegen, daß das Urteil des ersten Richters nur insoweit abgeändert werden durfte, als eine Abänderung beantragt war, und daß mangels einer Anschließung der Beklagten ein Antrag auf dessen Abänderung in der erwähnten Beziehung nicht gestellt war. In der allerdings streitigen Frage über die Tragweite des § 536 C.P.O. gegenüber bedingten Urteilen hat der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 14. Juni 1892,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 29 S. 423 flg., bes. S. 427,

den strengeren Standpunkt eingenommen, wonach dem Berufungsrichter eine ganz allgemeine Berechtigung nicht zustehe, eine durch den ersten Richter von einem Eide abhängig gemachte Entscheidung in eine unbedingte Abweisung umzuwandeln, obgleich der Beklagte sich der Berufung nicht angeschlossen hat. Dieser Standpunkt wird in einer späteren Entscheidung des IV. Civilsenates vom 21. Dezember 1893, Rep. IV. 239/93, Gruchot Beiträge Bd. 39 S. 447, auch für den Fall festgehalten, wenn in der Berufungsinstanz eine Beweisaufnahme stattgefunden hatte. Dagegen hat der VII. Civilsenat in einer Entscheidung vom 30. Mai 1899,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 44 S. 366,

ohne jedoch zu der Entscheidung des erkennenden Senates und zu derjenigen des IV. Civilsenates ausdrücklich Stellung zu nehmen, die Ansicht vertreten, daß für den Fall einer Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz und der Auferlegung eines richterlichen Eides an den Berufungskläger über einen Teil der Klagesumme an Stelle des in erster Instanz über die ganze Klagesumme seinem Gegner auferlegten zugeschobenen Eides der letztere Eid für den von dem richterlichen Eide nicht betroffenen Teil des Anspruches, ohne daß es einer Anschließung bedürfe, aufgehoben, und über diesen Teil des Anspruches unbedingt zu Ungunsten des Berufungsklägers erkannt werden könne.

Er hat dabei auch Bezug genommen auf die Entscheidung des III. Civilsenates vom 23. März 1886,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 208.

Dort war die Möglichkeit der Beseitigung des Eides zu Ungunsten des Berufungsklägers auf die besondere Sachlage gestützt, nach welcher seitens des Gegners bei der Verhandlung in zweiter Instanz wesentlich abweichende Behauptungen aufgestellt waren, und über diese eine neue Beweisaufnahme stattgefunden hatte. Der erkennende Senat hat keinen Anlaß von seiner, wenn auch in der Rechtslehre,

vgl. insbesondere Wach in Gruchot's Beiträgen Bd. 37 S. 466 flg.; Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung, 4. Aufl. Bd. 2 zu § 536 S. 48,

bekämpften Ansicht abzugehen. Da in der Berufungsinstanz zu dem unter Eid verstellten Punkte der Klagebegründung von keiner Seite neue Behauptungen aufgestellt waren, und die in der Berufungsinstanz erfolgte Beweisaufnahme sich auf Vorgänge beschränkte, die in dem ersten Urteil übergangen waren und deshalb demselben nicht zu Grunde lagen, war auch kein Anlaß gegeben, die Entscheidung der vereinigten Civilsenate einzuholen. Sonach war aus diesem Grunde in dem in der Urteilsformel bezeichneten Umfange die Entscheidung des Berufungsrichters aufzuheben, und das Urteil des ersten Richters wiederherzustellen.

Die folgeweise Durchführung der dargelegten Grundsätze über die Anwendung des Verbotes der reformatio in pejus auf Eidesurteile kann jedoch bei der gegebenen Sachlage nicht zu dem weiteren Ergebnisse führen, daß auch die in dem Berufungsurteile enthaltene unbedingte Abweisung des Entschädigungsanspruches aufzuheben sei. Der erste Richter hat jenes Begehren, soweit es auf Verbreitung der Cirkulare gestützt war, dahin ausgelegt, daß damit nur aus der Verbreitung nach dem reichsgerichtlichen Urteile vom 5. April 1898 Schadensersatz begehrt werden wollte. Die Richtigkeit dieser Annahme wurde von dem Vertreter der Klägerin in der Revisionsverhandlung ausdrücklich bestätigt. Sodann hat der erste Richter in seinen Urteilsgründen ausgeführt, daß durch die Verbreitung im Falle H. der Klägerin kein Schade entstanden sei. Anlangend das Schreiben vom 11. August 1899 an S. & H., hat der erste Richter den rechtlichen Standpunkt eingenommen, daß hier nur § 1 des Wettbewerbgesetzes

in Betracht kommen könne; seine Gründe rechtfertigen deshalb die Auslegung, daß, weil jener Vorgang die Voraussetzungen des § 1 nicht zu erfüllen geeignet sei, aus ihm weder ein Unterlassungs- noch ein Entschädigungsanspruch abgeleitet werden könne. In dem ersten Urteile sind endlich die in dem Beweisbeschlusse des Berufungsrichters vom 11. Mai 1900 zusammengefaßten Vorgänge übergangen. Deshalb hatte der erste Richter, indem er aussprach, daß im Falle der Nichtleistung des Eides die Schadensersatzklage dem Grunde nach für berechtigt erklärt werde, der Sache nach nur ausgesprochen und auch nur aussprechen wollen, es solle der Schadensersatzanspruch, soweit er sich darauf stütze, daß Beklagte nach jenem reichsgerichtlichen Urteile die Cirkulare noch anderweit außer an H. verbreitet habe, als dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden. Durch die Urteilsformel des Berufungsrichters, soweit dieselbe den Schadensersatzanspruch betrifft, ist deshalb lediglich dasjenige klargestellt, was der erste Richter in Bezug auf diesen Teil des Klagebegehrens bereits entschieden hatte. Es liegt daher zur Anwendung des § 536 C.P.O. und zur Änderung dieses Teiles des Berufungsurteiles auf Grund jener Bestimmung kein Anlaß vor." . . .

---

96. Zur Erläuterung der Worte „in betreff der Prozeßkosten" in § 567 Abs. 2 C.P.O.

VII. Civilsenat. Beschl. v. 20. September 1901 i. S. Br. u. Gen. (Kl.) w. B. (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 104/01.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Gründe:

„Durch Urteil des Landgerichtes vom 17. Januar 1901 war die Klage der Firma A. T., unter Verurteilung der Klägerin zu $^3/_7$ der Kosten, abgewiesen worden, während die mit jener verbundene Klage des Kaufmannes T. Br. zugesprochen, und die Beklagten zu $^4/_7$ der Kosten verurteilt worden waren. Nachdem der Gerichtsschreiber auf Antrag des Br. die Rechtskraft des Urteiles bescheinigt hatte, erfolgte auf weiteren Antrag des Br. unter dem 8. Mai 1901 Kostenfest-

setzungsbeschluß, durch welchen der Firma A. T. aufgegeben wurde, dem Antragsteller 46,16 ℳ Kosten zu erstatten; der Beschluß wurde auch mit der Vollstreckungsklausel versehen, und Zwangsvollstreckung gegen A. T. betrieben. Auf Antrag der letzteren erklärte jedoch das Landgericht durch Beschluß vom 22. Juli 1901 die Bescheinigung der Rechtskraft und die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegenüber der Firma A. T. für unzulässig und ordnete Einstellung der Zwangsvollstreckung an. Dieser Beschluß wurde auf Beschwerde des Br. durch den jetzt mit weiterer Beschwerde wieder von A. T. angefochtenen Beschluß des Oberlandesgerichts aufgehoben. Die weitere Beschwerde kann nicht für zulässig erachtet werden.

Das Reichsgericht hat bereits durch den in den Entsch. in Civils. Bd. 47 S. 361 abgedruckten Beschluß vom 28. September 1900 ausgesprochen, daß die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 567 Abs. 2 C.P.O., wonach gegen die „in betreff der Prozeßkosten" erlassenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte die Beschwerde nur zulässig ist, wenn die Beschwerdesumme den Betrag von 100 ℳ übersteigt, nicht auf die in der Begründung des Entwurfes der Prozeßnovelle von 1898 erwähnten Fälle des § 99 Abs. 3. § 103 Abs. 1. § 105 Abs. 4. § 107 Abs. 3 zu beschränken ist. Im gegenwärtigen Falle gründete sich die erstinstanzliche Beschwerde an das Oberlandesgericht sowohl auf § 576 Abs. 2 als auf § 793 mit § 732 C.P.O.; die mit ihr angefochtene Entscheidung des Landgerichts betraf aber materiell nur die Prozeßkosten, nämlich die Frage, ob die zu Gunsten des Br. eingetretene Rechtskraft des Urteiles diesem gegen seine Streitgenossin einen Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten gewähre, und ob der gegen die Streitgenossin erlassene Kostenfestsetzungsbeschluß mit Vollstreckungsklausel versehen und in Vollzug gesetzt werden durfte. Auch der jetzt angefochtene Beschluß des Oberlandesgerichts betrifft demnach materiell nur die Prozeßkosten, und die Beschwerdesumme von 46,16 ℳ erreicht nicht den in § 567 Abs. 2 erforderten Betrag." ...

---

97. Kann dadurch allein, daß der Kläger die Erfüllung der streitigen Verpflichtung an einem bestimmten Orte verlangt, die Zuständigkeit des Gerichtes dieses Ortes gemäß § 29 C.P.O. begründet werden? Ist nicht vielmehr für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes, sofern nicht die Vereinbarung eines anderen Erfüllungsortes in der Klage behauptet ist, lediglich entscheidend, wo die den Gegenstand der Klage bildende Verpflichtung nach dem Gesetze zu erfüllen ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 24. September 1901 i. S. G. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. II. 191/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 19 S. 72 abgedruckt.

---

98. 1. Hat der Umstand, daß auf Antrag des Käufers einer von ihm als mangelhaft gerügten Ware die in § 488 Abs. 1 C.P.O. zugelassene Beweisaufnahme durch Vernehmung von Sachverständigen bereits vorgenommen ist, Einfluß auf die in § 488 Abs. 2 dem Verkäufer gleichfalls eingeräumte Befugnis, die Anordnung einer solchen Beweisaufnahme zu beantragen?

2. Muß das Gericht in diesem Falle die ihm nach § 487 Nr. 3 C.P.O. benannten Sachverständigen vernehmen?

II. Civilsenat. Beschl. v. 24. September 1901 i. S. E. (Kl.) w. H. & Co. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 121/01.

I. Oberlandesgericht Hamburg.

Auf Grund eines Vertrages vom März 1900 hatte Kläger der Beklagten im Juli und August 1900 Heu geliefert, in Bezug auf welches letztere dem Kläger Mängel anzeigte. In einem Rechtsstreite des Klägers gegen die Beklagte auf Zahlung einer anderen Forderung rechnete letztere mit dem aus jenen angeblich mangelhaften Lieferungen ihr zustehenden Schadensersatzanspruche auf und machte denselben, so-

weit er die Klagesumme überstieg, mit Widerklage geltend. Dieser Rechtsstreit ist gegenwärtig bei dem Oberlandesgerichte zu Hamburg anhängig. Nachdem zwei Ballen der überseeisch versandten Ware zurückgekommen waren, hat zunächst die Beklagte auf Grund des § 488 Abs. 1 C.P.O. bei dem nach § 486 hierfür zuständigen Oberlandesgerichte den Antrag auf Begutachtung dieser zwei Ballen durch Sachverständige gestellt; es wurde auch diesem Antrage stattgegeben, und die Begutachtung durch einen dem Gerichte von der Handelskammer benannten Sachverständigen angeordnet. Da das erstattete Gutachten zu Ungunsten des Klägers ausgefallen war, hat dieser sodann auf Grund des § 488 Abs. 2 C.P.O. die Begutachtung jener zwei Ballen durch die von ihm gemäß § 487 Nr. 3 C.P.O. benannten Sachverständigen beantragt. Das Oberlandesgericht hat diesen Antrag mit dem angefochtenen Beschlusse abgelehnt, da das bereits auf Antrag der Beklagten eingezogene Gutachten für ungenügend nicht erachtet werden könne (§ 412 Abs. 1 C.P.O.). Der Beschwerde des Klägers gegen diesen Beschluß wurde in der Hauptsache stattgegeben.

Aus den Gründen:

„Der § 488, der durch die Novelle zur Civilprozeßordnung vom 17. Mai 1898 in diese neu aufgenommen wurde und, wie die Begründung des Entwurfes der Novelle — Seite 117/118 — ergiebt, für das neue Recht unter Anderem die Bestimmung des Art. 348 Abs. 2 H.G.B. (a. F.) zu ersetzen bestimmt ist, enthält nicht, wie die §§ 485 u. 489, eine Ermächtigung des Gerichts, sondern verleiht dem Antragsteller ein Recht; es muß daher beim Vorliegen seiner Voraussetzungen die beantragte Beweisanordnung erfolgen. Nach Abs. 2 des § 488 ist der Verkäufer zu dem Antrage schon dann berechtigt, wenn ihm, wie hier geschehen ist, der Käufer einen Mangel angezeigt hat; weitere Voraussetzungen sind nicht erfordert. Das Gericht darf insbesondere nicht in eine materielle Prüfung der Sache eingehen und hat sich, da in prozessualischer Beziehung die Voraussetzung der Verlustgefahr (§ 485) hier nicht gefordert ist, und im übrigen für die Sicherung des Beweises die Erheblichkeit der Thatsachen keine Bedingung der Beweisaufnahme bildet, einer Prüfung der Beweiserheblichkeit zu enthalten. Das in Abs. 2 des § 488 dem Verkäufer eingeräumte Recht ist ferner unabhängig von dem Rechte des Käufers nach § 488 Abs. 1. Der Verkäufer hat deshalb das

Recht nach § 488 Abs. 2 auch dann noch, wenn der Käufer sein Recht aus dem Abs. 1 jener Gesetzesvorschrift bereits ausgeübt hat. Der Verkäufer hat ferner aus dem gleichen Grunde, auch wenn der Käufer sein Recht aus Abs. 1 durch einen Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen ausgeübt hat, und das Gutachten bereits erstattet ist, bei Ausübung seines Rechtes aus Abs. 2 des § 488 — gleichfalls durch einen Antrag auf Vernehmung anderer Sachverständiger — nicht ein besonderes Interesse für eine wiederholte Begutachtung glaubhaft zu machen. Da dem Gerichte, wie bereits dargelegt wurde, in diesem Verfahren nicht eine Prüfung der Beweiserheblichkeit zusteht, kann diese wiederholte Begutachtung auch nicht durch Berufung auf § 412 Abs. 1 C.P.O. abgelehnt werden, der sich nur auf diejenigen Verfahren bezieht, in welchen dem Gerichte die Sachentscheidung und damit die materielle Prüfung der Beweise zusteht. Diese Erwägungen würden jedoch nach der gegebenen Sachlage zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung dann nicht zureichen, wenn dem Gerichte auch in diesem Verfahren die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen (§ 404 Abs. 1 C.P.O.) zustände, und dasselbe nicht die ihm nach § 487 Nr. 3 bezeichneten Sachverständigen vernehmen müßte; denn bei dieser Annahme ließe sich die erfolgte Ablehnung der Beweisanordnung damit rechtfertigen, daß das Gericht auf den Antrag des Klägers den bereits in dem Verfahren auf den Antrag der Beklagten vernommenen Sachverständigen zuziehen würde, und deshalb, da dieser sein Gutachten bereits erstattet hat, eine die wiederholte Begutachtung durch denselben Sachverständigen verfügende Beweisanordnung bedeutungslos wäre. Allein der Ausgangspunkt dieser Betrachtung, daß dem Gerichte auch in diesem Verfahren die Auswahl der Sachverständigen zustehe, und dasselbe nicht die ihm nach § 487 Nr. 3 benannten Sachverständigen vernehmen müsse, und daß folgeweise § 487 Nr. 3 nur eine Abänderung des § 404 Abs. 3 und die Begründung einer Vorschlagspflicht des Antragstellers bezwecke, entspricht nicht dem Gesetze. Es ließen sich zwar für diese Meinung beachtenswerte praktische Erwägungen geltend machen. Nach Ansicht des Senates sprechen jedoch überwiegende Gründe für die auch dem Wortlaute des § 487 Nr. 3 am meisten entsprechende Annahme, daß dieser Vorschrift eine weitere Tragweite zukomme, wonach in diesem Verfahren das Gericht die von dem Antragsteller benannten Sach-

verständigen vernehmen müsse, der Antragsteller somit ein durch § 404 Abs. 1 nicht beschränktes Vorschlagsrecht habe. Bei der Beratung des mit dem § 487 Nr. 3 wörtlich übereinstimmenden § 431 Nr. 3 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes einer Civilprozeßordnung durch die Justizkommission des Reichstages war diese Vorschrift Gegenstand einer eingehenden Erörterung, welche insbesondere auch die hier zu entscheidende Frage mitumfaßt hat, und welche in den Protokollen jener Kommission — S. 193 — dahin zusammengefaßt ist:

„Die Abgeordneten Dr. Grimm und Dr. Wolffson bemerken, aus Nr. 3 des § 431 lasse sich folgern, daß, wenn die Sachverständigen nicht mit Namen genannt seien, das Gesuch abgewiesen werden müsse. Soll die Auswahl der Sachverständigen nicht hier dem Gerichte überlassen bleiben müssen? Der Direktor v. Amsberg und der Abgeordnete Klotz erwidern übereinstimmend: Es handle sich hier nicht um Sachverständige, welche das Urteil des Richters normieren sollen, sondern um sachverständige Zeugen, hierzu seien von den Parteien Personen ihres Vertrauens zu benennen. Dadurch sei nicht ausgeschlossen, daß der Richter noch andere Sachverständige zuziehe, wenn er dies für nötig halte."

Diese Ausführungen schließen zunächst die Annahme aus, daß nach Absicht der gesetzgebenden Faktoren mit jener Vorschrift lediglich in Abänderung des § 404 Abs. 3 eine Vorschlagspflicht des Antragstellers begründet werden sollte, und weisen auf eine — wie allerdings nicht zu verkennen ist, durch die gegebene Begründung nicht allseits gerechtfertigte — Auffassung derselben hin, wonach in diesem Verfahren das Gericht auch die ihm benannten Sachverständigen vernehmen müsse.

Gegen diese, wie schon hervorgehoben, auch dem Wortlaute des Gesetzes mehr entsprechende Auslegung dürfen keine Bedenken entnommen werden aus den allgemeinen Grundsätzen der Civilprozeßordnung über die Stellung des Gerichtes zu dem Beweise durch Sachverständige; denn jene allgemeinen Grundsätze nehmen ihren Ausgangspunkt von der Voraussetzung, daß es sich um Erhebung jenes Beweises im Prozesse oder in einem dem Prozesse gleichartigen Verfahren handelt, und können deshalb für das anomale Verfahren der Sicherung des Beweises keine Geltung beanspruchen, wie denn die Motive zu dem Entwurfe — S. 290 — schon angedeutet haben,

es seien die Besonderheiten aus der Anomalie zu erklären, daß das Verfahren unabhängig von einem Rechtsstreite stattfinden könne. Weil aber in diesem Verfahren mit in Betracht kommt, daß die von dem Antragsteller benannten Personen seines Vertrauens vernommen werden, — ein Gesichtspunkt, auf welchen in der Justizkommission nicht mit Unrecht besonders hingewiesen wurde, — lag es für den Gesetzgeber nahe, auch für die Vernehmung von Sachverständigen dem Gerichte eine Auswahl wenigstens insoweit zu entziehen, als es die von dem Antragsteller benannten Sachverständigen vernehmen muß.

In diesem Sinne wird die Vorschrift des § 487 Nr. 3 von den Kommentatoren der Civilprozeßordnung übereinstimmend aufgefaßt. Ob dabei dem Gerichte die Befugnis zusteht, noch andere Sachverständigen, als die ihm benannten, zuzuziehen, was bei der Beratung der Justizkommission bejaht wurde, in der Rechtslehre aber von Reincke, Civilprozeßordnung 3. Auflage (1896) zu § 451 (jetzt 490) S. 481 und 4. Auflage (1900) zu § 490 (S. 470), bestritten wird, bedarf hier nicht der ausdrücklichen Entscheidung. Wenn ferner in der Rechtslehre bei Auslegung der §§ 164 u. 15 des Reichsgesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit angenommen wird, daß dort die Vorschrift des § 487 Nr. 3 überhaupt nicht zur Anwendung komme, so hat dies für die hier allein in Frage stehende Anwendung der §§ 488 u. 487 Nr. 3 C.P.O. keine weitere Bedeutung." ...

---

99. 1. Ermächtigt die Prozeßvollmacht dem Gegner gegenüber zur Abgabe und Entgegennahme einer Anfechtungserklärung nach § 143 B.G.B.?

2. Ist dem Revisionsgerichte die Prüfung der Frage entzogen, ob eine Anfechtungserklärung nach § 121 B.G.B. unverzüglich erfolgt sei?

V. Civilsenat. Urt. v. 25. September 1901 i. S. R. u. Gen. (Bekl.) w. D. u. Gen. (Kl.). Rep. V. 163/01.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagten sind auf Grund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrages vom 11. Juni 1900 in den Vorinstanzen verurteilt worden, die Auflassungserklärung der gekauften Grundstücke entgegenzunehmen. Der von ihnen erhobene Einwand, der Vertrag sei unverbindlich, und die zu Hotelzwecken für 325000 ℳ gekauften Grundstücke hätten einen Minderwert von 40000 ℳ, weil die Wirtschaftskonzession nicht auch für die dritte Etage erteilt worden sei, bei deren Besichtigung ihnen die Kläger erklärt hätten, diese sei stets besetzt gewesen, ist von den Vorinstanzen verworfen worden, von dem Berufungsgerichte mit der Begründung, der Einwand sei als Anfechtung wegen Irrtumes durch den Ablauf der Anfechtungsfrist ausgeschlossen.

Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Von den Revisionsklägern wird gerügt, daß das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtumes verneinte, weil die Anfechtung erst durch die persönliche Erklärung des verklagten Ehemannes in der Berufungsinstanz erfolgt, mithin nicht unverzüglich nach der Kenntniserlangung von dem Irrtume den Klägern erklärt worden sei. In dieser Beziehung ist in den Gründen des Berufungsurteiles ausgeführt: daß bereits früher eine Anfechtungserklärung durch einen hierzu ermächtigten Vertreter erfolgt sei, ergebe sich nicht daraus, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in erster Instanz durch den dem Prozeßbevollmächtigten der Kläger mitgeteilten Schriftsatz vom 26. Oktober 1900 die Geltendmachung einer Einrede auf Grund des Anfechtungsrechtes angekündigt habe, und daß dementsprechend später auch in erster Instanz mündlich verhandelt worden sei. Nach § 81 C.P.O. ermächtige nämlich die Prozeßvollmacht keineswegs auch zu rechtsgeschäftlichen Erklärungen, deren Vornahme außergerichtlich zu erfolgen habe und erst die Voraussetzung für ein hierauf zu stützendes prozessuales Verteidigungsmittel bilde. Der Revision ist darin beizutreten, daß diese Begründung rechtsirrig ist. Von dem II. Civilsenate des Reichsgerichtes ist bereits in der Sache M. & Co. gegen R. durch Urteil vom 4. Juni 1901 (Jurist. Wochenschr. S. 493 flg.) ausgesprochen, daß die Prozeßvollmacht nach § 81 C.P.O. zur Abgabe und zur Entgegennahme einer Anfechtungserklärung nach § 143 B.G.B. im Prozesse ermächtigt, weil die Er-

mächtigung zum Angriffe und zur Verteidigung im Prozesse die Ermächtigung zur Abgabe und zur Entgegennahme aller zum Angriffe und zur Verteidigung erforderlichen Erklärungen enthält, auch wenn diese zugleich Rechtsgeschäfte des materiellen Rechtes sind und deshalb zugleich eine materiellrechtliche Wirkung haben. Der erkennende Senat tritt dieser Auslegung des § 81 C.P.O., für welche auch die Motive zu § 75 des Entwurfs derselben sprechen, bei. Ein Grund gegen sie kann aus der besonderen Erwähnung einzelner zur Beseitigung des Rechtsstreites bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen — des Vergleiches, der Verzichtleistung auf den Streitgegenstand und der Anerkennung des gegnerischen Anspruches — in dem zweiten Teile des § 81 a. a. O. nicht entnommen werden. Dieses Rechtsirrtumes des Berufungsgerichtes ungeachtet war dem Revisionsangriffe keine Folge zu geben. Nach § 121 B.G.B. muß die Anfechtung wegen Irrtumes ohne schuldhaftes Zögern erklärt werden, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Dabei gilt die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist. Nach der unbestritten gebliebenen Behauptung der Klageschrift vom 26. September 1900 hatten damals bereits die Beklagten unter Erteilung der Wirtschaftskonzession die gekauften Grundstücke in Besitz und Genuß. Demungeachtet hat in der Klagebeantwortung vom 26. Oktober 1900 ihr Anwalt unter Vorbehalt von Anträgen und Ausführungen nur die Abweisung der Klage beantragt. Daß eine Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtumes erfolgen solle, läßt dieser Schriftsatz nicht erkennen; die entgegenstehende Annahme des Berufungsgerichtes ist unbegründet. Erst der den Antrag auf Klagabweisung begründende Schriftsatz vom 9. November 1900 läßt die Auslegung zu, daß die Anfechtung des Kaufvertrages auch wegen Irrtumes erfolge. Die Gründe des erstinstanzlichen Urteiles vom 10. November 1900 lassen dann erkennen, daß in der mündlichen Verhandlung von den Beklagten ihr Irrtum gegen die Klage eingewendet worden war, indem das Erstinstanzgericht bemerkt, von einer Irrtumserregung sei nichts dargethan. Der Schriftsatz vom 9. November und der Verhandlungstermin vom 10. November 1900 liegen so nahe zusammen, daß ununtersucht bleiben kann, ob die Anfechtungserklärung im Prozeßverfahren durch Zustellung eines Schrift-

satzes, oder nur durch den Vortrag in dem Verhandlungstermine erfolgen könne, wie auch ob der Schriftsatz vom 9. November 1900 eine Anfechtungserklärung enthalte; denn wenn die Anfechtung am 9. November 1900 noch rechtzeitig erfolgen konnte, so ist sie auch am 10. November 1900 als rechtzeitig erklärt anzusehen. Die Anfechtungserklärung vom 9. November 1900 kann jedoch nicht als unverzüglich erfolgt erachtet werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagten bereits bei der Klagezustellung davon Kenntnis hatten, daß ihnen die Wirtschaftskonzession für die dritte Etage der gekauften Grundstücke nicht erteilt worden war; der Revisionsbegründung ist auch zuzugeben, daß die Frage, ob die Anfechtungserklärung seitens der Beklagten ohne schuldhaftes Zögern erfolgt war, aus den thatsächlichen Umständen heraus zu entscheiden ist. Aber daß die Anfechtungserklärung so rasch, wie die Umstände es gestatten, abgegeben wird, ist ein Erfordernis des Verkehres; denn der Anfechtungsgegner muß für sein Verhalten wissen, ob das Rechtsgeschäft wirksam, oder infolge der Anfechtung unwirksam ist. Objektiv liegt nun im vorliegenden Falle zweifellos ein Zögern vor. Als den Beklagten Ende September 1900 die Klage zugestellt wurde, mußten sie prüfen, ob sie zur Anfechtung ihrer Willenserklärung wegen Irrtumes befugt seien, und sie mußten, wenn sie die Einrede des Irrtumes erheben wollten, ihre Anfechtungserklärung mit der Klagebeantwortung vom 26. Oktober 1900 spätestens verbinden. Und wenn selbst in dieser Unterlassung ein Zögern noch nicht zu finden sein sollte, so läge ein solches jedenfalls darin, daß nun nicht sofort nach dem 26. Oktober, sondern erst weitere zwei Wochen später, am 9. November 1900, die Anfechtungserklärung an die Kläger abgesendet worden ist. Dafür, daß den Beklagten bei dieser Verzögerung ein Verschulden nicht zur Last fällt, daß vielmehr dieselbe auch unter Beachtung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt unabwendbar gewesen sei, ergeben die Urteilsthatbestände keinen Anhalt. Sache der Beklagten wäre es aber gewesen, darzulegen, daß sie kein Verschulden treffe. Wenn von der Revision bezweifelt wird, daß das Revisionsgericht selbständig prüfen und entscheiden dürfe, ob nach Lage des Falles ein schuldhaftes Zögern als festgestellt anzunehmen sei, so ist dieser Zweifel unbegründet. Der Begriff des schuldhaften Zögerns ist ein Rechtsbegriff, weshalb dem Reichsgerichte die Prüfung und Entscheidung darüber zusteht, ob

aus den vom Berufungsgerichte festgestellten Thatsachen, die für das Revisionsgericht maßgebend sind, der Begriff des Verschuldens sich ergiebt, was in den Motiven zum Entwurfe der Civilprozeßordnung auf S. 319 hervorgehoben und in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes anerkannt ist. Zur Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz läge daher ein Anlaß nur vor, wenn nicht alle thatsächlichen Grundlagen für die Prüfung des Verschuldens in dem Berufungsurteile gegeben wären, oder wenn in der Revisionsinstanz wegen des Ausschlusses thatsächlicher Anführungen gegen die Feststellungen des Berufungsgerichtes und wegen der Unzulässigkeit thatsächlicher Würdigung eine Entscheidung in der Sache unmöglich wäre. Beides trifft im vorliegenden Falle nicht zu."

---

100. Kann in Ehesachen eine Partei, die selbständige Berufung eingelegt hatte, nachdem über diese durch Teilurteil sachlich entschieden ist, sich behufs der Erhebung einer Widerklage noch der Berufung des Gegners wirksam anschließen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 26. September 1901 i. S. L. Ehefr. (Bekl.) w. L. (Kl.). Rep. VI. 346/01.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

L. klagte im Jahre 1898 auf Scheidung wegen Ehebruchs, dessen sich seine Frau schuldig gemacht haben sollte; die Beklagte bestritt dies und machte eventuell aufrechnungsweise (§ 1722 sächs. B.G.B.) geltend, daß der Kläger ein ehebrecherisches Verhältnis mit der ledigen G. unterhalte. Das Landgericht legte der Beklagten einen Eid auf, durch den sie den ihr beigemessenen Ehebruch ablehnen sollte; für den Fall der Verweigerung des Eides wurde dem Kläger ein Eid über den aufrechnungsweise geltend gemachten Ehebruch mit der G. auferlegt.

Gegen das landgerichtliche Urteil legten beide Teile Berufung ein, die Beklagte mit dem Antrage, daß die Klage unbedingt abge-

wiesen werde, weil der aufrechnungsweise geltend gemachte Ehebruch des Mannes voll bewiesen sei. Das Berufungsgericht erließ zunächst auf Grund einer Verhandlung, in welcher der Kläger unvertreten geblieben war, am 9. Dezember 1899 ein Urteil, durch welches die Berufung der Beklagten zurückgewiesen wurde. Dieses Urteil blieb unangefochten. Als dann später über die Berufung des Klägers verhandelt wurde, erklärte die Beklagte, daß sie sich der Berufung des Klägers anschließe und Widerklage erhebe, indem sie beantrage, für den Fall, daß die Scheidungsklage des Mannes nicht abgewiesen werden sollte, die Ehe auch wegen Ehebruches desselben mit der ledigen G. zu scheiden und auch den Kläger für schuldig zu erklären. Das Oberlandesgericht wies in dem auf die Berufung des Klägers erlassenen Urteile vom 3. Juli 1900 die Anschließung der Beklagten als unzulässig zurück. Die Beklagte focht in der Revision, die sie gegen das Berufungsurteil einlegte, auch die Zurückweisung der Anschließung an, und dieser Angriff wurde für beachtlich erklärt.

Aus den Gründen:

... „Die Frau hat bei der Verhandlung über die von ihr eingelegte selbständige Berufung verlangt, es solle die Klage des Mannes unbedingt abgewiesen werden, weil als erwiesen anzusehen sei, daß er seinerseits vor dem 1. Januar 1900 die Ehe gebrochen habe. Nur hierauf hat sich die Verhandlung über jene Berufung erstreckt, und nur hierüber ist in dem Urteil vom 9. Dezember 1899 erkannt worden. Im Wege der Anschließung an die Berufung des Mannes hat sie dagegen Widerklage erhoben mit dem Antrage, für den Fall, daß die Scheidungsklage des Mannes nicht abgewiesen werden sollte, die Ehe auch wegen Ehebruches desselben mit der ledigen G. vom Bande zu scheiden, und auch ihn für schuldig an der Scheidung zu erklären.

Mit dem von der Vorinstanz betonten Grundsatze, daß in derselben Instanz über Anträge einer Partei nur einmal erkannt werden dürfe, tritt sonach die Annahme, daß die Anschließung hier zulässig gewesen sei, nicht in Widerspruch, insofern die mit der Anschließung geltend gemachte Widerklage nicht Gegenstand der früheren, die selbständige Berufung der Frau betreffenden Verhandlung und der darauf ergangenen Entscheidung gewesen ist. Entgegenhalten läßt sich der Annahme, daß die Anschließung einer Partei, auch nachdem über ihre

selbständige Berufung bereits erkannt worden, insoweit zulässig sei, als es sich um Fragen und Anträge handelt, über die in dem die selbständige Berufung betreffenden Urteile noch nicht entschieden worden ist, auch nicht die Erwägung, daß es nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen haben könne, derselben Partei zu gestatten, gegen das nämliche Urteil successiv zwei Rechtsmittel einzuwenden. Denn die Anschließung an die Berufung des Gegners ist nicht selbst ein Rechtsmittel; die Prozeßordnung hat vielmehr nur dem Berufungsbeklagten das Recht eingeräumt, bei der Verhandlung über die Berufung des Gegners Anträge zu stellen, welche die gleiche Bedeutung haben, wie die des Berufungsklägers, nämlich die Grenzen zu bestimmen, innerhalb deren der Rechtsstreit von neuem zu verhandeln ist, und zu bewirken, daß dieser von dem Berufungsgerichte in weiterem Umfange entschieden wird, als es gemäß § 525 C.P.O. zufolge der Anträge des Berufungsklägers zu geschehen hätte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 345, Bd. 12 S. 435, Bd. 29 S. 378 flg., Bd. 41 S. 382.

Indes bedarf es einer Entscheidung darüber, ob eine Anschließung unter den vorstehend bezeichneten Umständen in der angegebenen Beschränkung principiell als statthaft anzusehen sei, nicht; denn jedenfalls ist wenigstens für Ehesachen im Hinblick auf die Bestimmungen in §§ 614. 616 C.P.O., nach welchen bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, unbeschränkt neue Klagegründe geltend gemacht und Widerklagen erhoben werden können, und zur Vermeidung der Präklusion erhoben werden müssen, anzunehmen, daß der Berufungsbeklagte bis zum Schlusse der Verhandlung über das Rechtsmittel seines Gegners berechtigt sei, durch Anschließung an dieses Widerklage zu erheben, auch wenn er vorher selbständige Berufung eingelegt gehabt hat, und über diese sachlich bereits entschieden worden ist, sofern dabei über die durch die Anschließung verfolgten Rechte noch nicht erkannt worden ist." . . .

---

101. Hat der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung einzustellen, wenn ihm ein Postschein über die Einzahlung eines Geldbetrages vorgelegt wird, der zwar zur Deckung der im Vollstreckungstitel be-

zeichneten Forderung, nicht aber zugleich auch zur Deckung der Zwangsvollstreckungskosten, insbesondere der Gebühren und Auslagen des Gerichtsvollziehers, ausreichend ist?

IV. Civilsenat. Urt. v. 3. Oktober 1901 i. S. F. (Kl.) w. D. (Bekl.). Rep. IV. 178/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Behufs Ausführung des ihm von der Witwe N. am 3. Juli 1899 erteilten Zwangsvollstreckungsauftrages hatte der Beklagte am 7. Juli 1899 die Urteilszustellung bewirkt und sich dann am Nachmittage desselben Tages zur Schuldnerin, der jetzigen Klägerin, begeben. Da diese ihm bei seinem Erscheinen erklärte, daß sie den beizutreibenden Betrag „soeben" zur Post gesandt habe, wartete der Beklagte noch kurze Zeit, bis ihm der Postschein vorgelegt wurde. Derselbe lautete jedoch nur über eine Einzahlung von 22,05 ℳ, während die zur Vollstreckung zu bringende Forderung, unter Hinzurechnung der Gebühren des Beklagten von je 50 ₰ aus § 2 und § 10 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher und weiterer 5 ₰ Porto für die der Gläubigerin zu erteilende Benachrichtigung, etwas mehr, nämlich 22,20 ℳ, betragen haben würde. Als der Beklagte bei solcher Sachlage der Klägerin näher auseinander setzen wollte, daß auf die Kosten noch eine Wenigkeit zu zahlen bleibe, erklärte die Klägerin — ihn dabei mehrfach unterbrechend —, daß sie keinen Pfennig mehr zahlen werde. Darauf schritt der Beklagte zur Zwangsvollstreckung, bei welcher er wegen des noch nicht gedeckten „Restbetrages" ein Kleiderspind pfändete. Ausweislich des darüber aufgenommenen Protokolles berechnete er nunmehr an Gebühren und Auslagen 2,40 ℳ (nämlich: 50 ₰ für die Urteilszustellung, 1 ℳ für die Pfändung, 80 ₰ Schreibgebühr für die Abschrift des Protokolles und 10 ₰ Porto). Die Klägerin, welche diese 2,40 ℳ später an den Beklagten abgeführt hat, fordert jetzt Rückzahlung derselben sowie Erstattung weiterer 2,45 ℳ, die sie an Copialien und Porto für verschiedene Schreiben und Beschwerden demnächst zur Wahrung ihrer Rechte aufgewendet haben will. Die Richter der beiden Vorinstanzen haben

die Klägerin jedoch mit diesen Ansprüchen abgewiesen. Dabei wird vom Berufungsrichter ausgeführt: es könne nicht anerkannt werden, daß die Voraussetzungen des § 691 Nr. 5 C.P.O. (a. F.) vorgelegen hätten, und daß danach eine Einstellung der Zwangsvollstreckung geboten gewesen sei; denn der Postschein habe die Einzahlung der zur Befriedigung der Gläubigerin erforderlichen Summe nicht vollständig ergeben, indem danach ein Teil der vom Beklagten zu liquidierenden Gebühren und Auslagen noch ungedeckt sein würde. Mit Recht sei deshalb der Beklagte wegen des Mehrbetrages, der sich allerdings nur auf wenige Pfennig belaufen habe, zur Vornahme der Pfändung geschritten. Diese Ausführungen sind zu billigen. Unerörtert kann dabei bleiben, ob der Beklagte auch dann zur Pfändung hätte schreiten dürfen, wenn ein Zweifel darüber möglich gewesen wäre, von wem die infolge des Zwangsvollstreckungsauftrages entstandenen Kosten zu tragen seien. Ein solcher Zweifel würde namentlich dann haben entstehen können, wenn es mit Rücksicht auf das Datum des Postscheines ungewiß geblieben wäre, ob der Zwangsvollstreckungsauftrag nicht etwa inzwischen hätte zurückgenommen werden müssen. Im vorliegenden Falle aber war die Möglichkeit eines derartigen Zweifels völlig ausgeschlossen, da das Geld erst unmittelbar vor dem Erscheinen des Beklagten zur Post geschickt worden war. Die Gläubigerin würde also offensichtlich unter allen Umständen berechtigt gewesen sein, diejenigen Kosten, welche durch die von ihr in Anspruch genommene Thätigkeit des Beklagten entstanden waren, bezw. entstehen mußten, von der Schuldnerin (der jetzigen Klägerin) erstattet zu verlangen. Der Extrahierung eines besonderen Festsetzungsbeschlusses bedurfte es aber zu diesem Zwecke nicht, weil nach § 697 C.P.O. a. F. (jetzt § 788) die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, ohne weiteres dem Schuldner kraft Gesetzes zur Last fallen, dergestalt daß zu ihrer Beitreibung ein weiterer vollstreckbarer Schuldtitel nicht beschafft zu werden braucht (vgl. auch die Motive S. 417). Allerdings ist im § 697 a. a. O. bezüglich dieser Zwangsvollstreckungskosten ferner bestimmt:

„sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben."

Hieraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, daß der Gerichtsvollzieher von der Zwangsvollstreckung Abstand zu nehmen habe, sobald

ein Betrag gezahlt wird, welcher zwar zur Deckung der beizutreibenden Hauptforderung, nicht aber auch zur Bezahlung der Zwangsvollstreckungskosten ausreicht. Vielmehr darf in solchen Fällen die Zwangsvollstreckung in Höhe des noch ungedeckten Betrages der Zwangsvollstreckungskosten unbedenklich stattfinden. Nicht anders aber liegt die Sache in dem hier zur Entscheidung stehenden Falle." . . .

---

102. Kann das Gericht die früher beschlossene Verbindung zweier Prozesse, nachdem die mündliche Verhandlung für beide einheitlich stattgefunden hat und geschlossen worden ist, wieder aufheben und dann sofort für jede der beiden Sachen ein besonderes Urteil erlassen? Berechnung der Revisionssumme in einem solchen Falle.

VI. Civilsenat. Urt. v. 10. Oktober 1901 i. S. O. (Bekl.) w. R. u. R. (Kl.). Rep. VI. 202 u. 203/01.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die beiden Kläger hatten ähnlich geartete Klagen gegen O. erhoben; das Landgericht hatte diese zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbunden und sodann abgewiesen. In der Verhandlung über die von den Klägern eingelegte Berufung trugen dieselben auf Wiederaufhebung jener Verbindung an. Nach Schluß der mündlichen Verhandlung verkündete das Berufungsgericht zunächst den Beschluß, daß die Verbindung wieder aufgehoben werde, und in unmittelbarem Anschlusse daran für jede der beiden Sachen ein besonderes Urteil, wodurch das Urteil erster Instanz abgeändert, und in jeder Sache der Beklagte im wesentlichen dem Klagantrage gemäß verurteilt wurde. Gegen jedes dieser Urteile legte der Beklagte Revision ein, und stellte dann zu jeder dieser Revisionen den Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Urteiles und des erwähnten kammergerichtlichen Beschlusses die Berufung der Kläger zurückzuweisen. Die Kläger wollten in erster Linie die Revisionen als unzulässig verworfen wissen, weil in jedem der beiden Berufungsurteile die Verurteilung auf weniger

als 1500 ℳ lautete. Das Reichsgericht verband die beiden Revisionssachen zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung. Über die formellen Vorfragen heißt es in dem sodann erlassenen Urteile in den

Gründen:

„Es bedarf hier keiner Entscheidung darüber, ob das Berufungsgericht, sei es auf Grund von § 150, oder von § 145 Abs. 1 C.P.O., die von dem Gerichte erster Instanz verfügte Verbindung zweier Prozesse zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung wieder aufheben kann: jedenfalls kann es das höchstens in der Weise thun, daß es vor allem getrennte Verhandlung über die beiden Streitsachen anordnet. Denn nur auf die Einrichtung der mündlichen Verhandlung beziehen sich zunächst die in den §§ 145—150 C.P.O. vorgesehenen Anordnungen des Prozeßgerichtes; daß dann auch die Entscheidung der Sachen getrennt, bezw. verbunden erfolgt, ist nur eine selbstverständliche Folge der über die Verhandlung getroffenen Anordnung. Hier hat aber das Berufungsgericht nur zum Zwecke der Urteilsfällung die beiden Sachen, die den Gegenstand einer und derselben mündlichen Verhandlung gebildet hatten, wieder getrennt; mit anderen Worten: es hat das Urteil, welches es zu erlassen hatte, in zwei Teile zerlegt. Das ist nichts weiter als eine dem Gesetze unbekannte, jedenfalls weniger empfehlenswerte Form des Urteiles; mögen auch äußerlich zwei Urteile vorliegen, so handelt es sich doch eben materiell nur um ein Urteil von ungewöhnlicher Form. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß das Gericht vorher durch einen besonders verkündeten Beschluß angekündigt hatte, es werde seinem Urteile diese ungewöhnliche Form geben. Sind mithin die fraglichen beiden „Urteile" rechtlich nur als ein Urteil zu behandeln, so gilt entsprechendes auch von den beiden gegen sie eingelegten Revisionen. Da die Beschwerdesumme demgemäß 1500 ℳ übersteigt, so ist die Revision nach § 546 C.P.O. zulässig. Es kann nicht in der Macht des Berufungsgerichtes stehen, durch Zerlegung seines Urteiles in mehrere Teile die Zulässigkeit der Revision auszuschließen, gleichviel ob es sich um eine von Anfang an einheitliche Sache, oder um eine aus mehreren Sachen zu einer gewordenen handelt. Freilich kann das Berufungsgericht nach § 523 in Verbindung mit § 301 C.P.O. ein Teilurteil erlassen, aber doch gleichfalls wieder nur so, daß über den noch vorbehaltenen Teil des Streitgegenstandes erst noch

eine weitere Verhandlung stattfinden soll. Von der vom Revisionskläger beantragten Aufhebung des fraglichen Beschlusses war übrigens abzusehen; wenn er auch nach § 548 C.P.O. der Beurteilung des Revisionsgerichtes unterliegen würde, so würde doch für jene Aufhebung die Zulässigkeit der Revision schon Voraussetzung sein; vielmehr aber ist die Revision gerade deshalb zulässig, weil der erwähnte Beschluß von vornherein rechtlich bedeutungslos ist." ...

---

103. Wie ist der Wert des Beschwerdegegenstandes bei einer Revision gegen ein Teilurteil zu bestimmen, wenn die Klage auf einen Betrag von mehr als 1500 ℳ gerichtet, vom Beklagten eine Aufrechnungseinrede in einer gleichfalls 1500 ℳ übersteigenden Höhe geltend gemacht, durch das Teilurteil aber der Beklagte, indem die Aufrechnungseinrede für unbegründet erachtet wurde, im Hinblick auf eine andere, noch nicht spruchreife Einrede nur zur Zahlung eines Betrages von weniger als 1500 ℳ verurteilt ist?

C.P.O. § 546.

VII. Civilsenat. Urt. v. 11. Oktober 1901 i. S. S. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VII. 222/01.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Revision ist als unzulässig verworfen worden.

Gründe:

„Durch das Teilurteil des Landgerichtes vom 12. Dezember 1901, gegen welches die durch das Urteil des Oberlandesgerichtes zurückgewiesene Berufung sich richtete, und in dessen Bereiche jetzt die Revision vorliegt, ist der Beklagte zu einer Zahlung von 837,50 ℳ nebst Zinsen verurteilt. Ein den Betrag von 1500 ℳ übersteigender Beschwerdegegenstand, wie er nach § 546 der Civilprozeßordnung für die Zulässigkeit der Revision bedingend ist, könnte daher nur infolge der Zurückweisung der Aufrechnungseinrede überhaupt in Frage kommen. In diesem Punkte aber ist die Sachlage die folgende.

Die Klage war auf Zahlung des Restes einer Akkordrate für die

Herstellung eines Neubaues im Betrage von 1875 ℳ nebst Zinsen gerichtet. Beklagter, welcher dem Kläger eine Vertragsverletzung vorwirft und durch diese einen Schaden in einem höheren Betrage als dem der Klageforderung erlitten zu haben behauptet, machte den Anspruch auf Ersatz desselben zur Aufrechnung geltend. Eventuell wollte er mit einer ihm cedierten Forderung eines Dritten in Höhe von 1037,50 ℳ kompensieren. Die principale, auf Vertragsverletzung gestützte Aufrechnungseinrede wurde als unbegründet, die eventuelle dagegen als noch nicht spruchreif betrachtet. Demgemäß ist, während hinsichtlich der letzteren Einrede eine Beweisaufnahme angeordnet wurde, der Beklagte durch Teilurteil unter einstweiliger Abrechnung ihres Betrages zur Zahlung eines Teiles der Klagesumme von 837,50 ℳ (1875 ℳ weniger 1037,50 ℳ) nebst Zinsen verurteilt.

Zwar ergreift nun der Grund, der zur Verwerfung der principalen Aufrechnungseinrede geführt hat, den Schadensersatzanspruch des Beklagten nicht etwa nur zu einem gesonderten, für sich existierenden Teile, sondern unterschiedslos in seinem ganzen Umfange; trotzdem geht aber die Entscheidung nur für den Betrag, welcher dem der Verurteilung des Beklagten im Teilurteil entspricht, in Rechtskraft über. Während nach dem Grundsatze des § 322 Abs. 1 der Civilprozeßordnung Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist, erkennt der Absatz 2 des genannten Paragraphen hinsichtlich der Aufrechnungseinrede eine Ausnahme an, aber nur für den Fall, daß die Gegenforderung für nicht bestehend erkannt wird, und unter Begrenzung der Rechtskraft auf den Betrag, zu welchem die Aufrechnung geltend gemacht ist. Die letztere Einschränkung entspricht der Vorschrift des § 322 Abs. 1. Als geltend gemacht ist die Aufrechnung nur bis zu demjenigen Betrage anzusehen, dessen es zur Tilgung des Klaganspruches bedarf; darüber hinaus bleibt die Gegenforderung dem Rechtsstreit ebenso fremd, wie der Rest einer nur zu einem Teilbetrage eingeklagten Forderung des Klägers. Dies ist für den § 293 C.P.O. alter Fassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes bereits anerkannt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 355.

Durch die Fassung des jetzigen § 322 wird es umsomehr außer Zweifel gestellt. Für die Eventualität eines Teilurteiles über einen

Teil der Klagesumme, wie sie immer im Bereiche der Möglichkeit liegt, kann die Aufrechnung folgerichtigerweise aber nur in Höhe des Betrages, in welcher das Teilurteil auf die Klage erkennt, als vorliegend angesehen werden; auch hier bildet der Teil der Gegenforderung, dessen es, ihre Begründetheit vorausgesetzt, zur Tilgung des zuerkannten Teiles der Klageforderung bedürfen würde, für das Teilurteil die notwendige Grenze der Einrede. In Rechtskraft kann daher die im Teilurteile über die Gegenforderung getroffene, sie verwerfende Entscheidung nur in Höhe der Urteilssumme des Teilurteiles übergehen. Aus diesem Grunde kann eine Beschwerde für den Beklagten durch das Teilurteil nur in Höhe jener Summe gegeben sein. Die eingelegte Revision ist daher unstatthaft. Es bedarf keines Eingehens auf die Frage, ob, wenn die Entscheidung über die Gegenforderung in einem weiteren Umfange, als dem Bemerkten nach anzunehmen ist, Rechtskraft erlangte, dies überhaupt genügen würde, die Revisionssumme als vorhanden zu betrachten, oder ob nicht dennoch ausschließlich die Summe, zu deren Bezahlung der Beklagte laut der Urteilsformel verurteilt ist, für die Frage der Revisionssumme maßgebend bleiben müßte."

---

104. 1. Bedurfte es zur Wirksamkeit der Pfändung eines vor dem Jahre 1900 im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechtes angefallenen Erbteiles der Zustellung eines Verbotes gemäß § 730 C.P.O. a. F. an die Miterben des Schuldners als Drittschuldner?

2. Macht es einen Unterschied, ob als Gegenstand der Pfändung das Erbrecht, der Erbteil, oder der Anspruch des Schuldners auf Teilung bezeichnet ist?

VII. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1901 i. S. W. (Kl.) w. F. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 228/01.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die erste Frage ist in dem Revisionsurteile bejaht, die zweite verneint worden aus folgenden

Gründen:

„Die Art und Weise, wie ein Pfändungspfandrecht entsteht, wird ausschließlich durch die Civilprozeßordnung geregelt, welche bezüglich der zu pfändenden Rechte unterscheidet zwischen Forderungen (§§ 729 bis 753 C.P.O. a. F.) und anderen Vermögensrechten, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind (§§ 729. 754 das.). Der Erbteil eines Miterben vor geteilter Erbschaft gehört nun nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechtes zu den letztgenannten Vermögensrechten; denn nach feststehender Rechtsprechung steht dem einzelnen Miterben kein bestimmter Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen als sein besonderes Eigentum zu; letzteres und ein definitives Verfügungsrecht erlangt er erst durch die Teilung. Vor der Teilung kann also eine von den Gläubigern eines Miterben ausgehende Pfändung nicht die einzelnen Vermögensstücke des Nachlasses, sondern nur den Erbteil als solchen ergreifen, auch ist eine solche Pfändung des Erbteiles, welche jetzt § 859 Abs. 2 C.P.O. n. F. ausdrücklich gestattet, im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechts bisher für zulässig erachtet worden. Konnte sich demnach die Pfändung eines vor dem Jahre 1900 im Gebiete des Allgemeinen Landrechts angefallenen Erbteiles nur nach § 754 C.P.O. a. F. vollziehen, so entsteht die Frage, ob hierfür außer dem Abs. 1 auch der Abs. 2 des genannten (in diesem Teile mit dem neuen § 857 gleichlautenden) Paragraphen maßgebend ist. Während der Abs. 1 bezüglich der Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte als Forderungen die entsprechende Anwendung „der vorstehenden Bestimmungen", d. h. der §§ 729—753 a. F., anordnet, und damit auch die des § 730 Abs. 3, wonach mit der Zustellung an den Drittschuldner die Pfändung als bewirkt anzusehen ist, bestimmt der Abs. 2: „Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkte als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist." Wäre unter dem Worte „Drittschuldner" hier genau dasselbe zu verstehen, wie in § 730, wo das Gesetz von Forderungen handelt, nämlich ein durch eine Obligation Verpflichteter, so würden die Miterben vor der Teilung einander als Schuldner nur dann gegenüberstehen, wenn man eine besondere Teilungsobligation als zwischen ihnen bestehend annehmen dürfte. Ob eine solche sich konstruieren läßt, kann dahingestellt bleiben; denn es ist

davon auszugehen, daß der § 754 Abs. 2 im Anschlusse an die Bestimmung des Abs. 1 das Wort „Drittschuldner" in einem weiteren Sinne auffaßt, und zwar in einem Sinne, der die Miterben des preußischen Rechts im Verhältnisse zu den Gläubigern eines von ihnen deshalb mit umfaßt, weil infolge des als Gesamthand bezeichneten Rechtsverhältnisses die endgültige Gestaltung der Rechte der Miterben an den Nachlaßgegenständen von Ausführung der Teilung abhängt, zu welchen jeder dem anderen verpflichtet ist. Erst durch Ausführung dieser Verpflichtung, die auch nur auf Zeit ausgeschlossen werden kann, werden die Gläubiger der einzelnen Miterben in den Stand gesetzt, die aus der Erbschaft herrührenden Gegenstände zu ihrer Befriedigung anzugreifen. Es ist anzuerkennen, worauf die Vorderrichter besonderes Gewicht legen, daß auch das Erbrecht der Miterben ein absolutes Recht ist, das von jedermann verletzt werden kann und deshalb durch die Erbschaftsklage geschützt ist, sowie daß dieses Recht sich in dem Rechte auf Teilung nicht erschöpft; die Bedeutung aber, welche die Ausführung der Teilung in der eben bezeichneten Richtung für die Beteiligten und deren Gläubiger hat, muß für die Ausdehnung des Begriffes „Drittschuldner" als ausschlaggebend betrachtet werden; sie tritt insbesondere darin hervor, daß eine Sicherung des pfändenden Gläubigers gegen eine seine Befriedigung verhindernde Ausführung der Teilung nur herbeigeführt wird, wenn den übrigen Miterben von dem an den Schuldner erlassenen Verfügungsverbot Kenntnis gegeben und ihnen gemäß § 730 Abs. 1 Satz 1 verboten wird, an den Schuldner selbst zu leisten. Demzufolge ist anzunehmen, daß das Gesetz in § 754 Abs. 2 für das Gebiet des preußischen Allgemeinen Landrechts auch die Miterben des Schuldners, dessen Erbteil gepfändet wird, als Drittschuldner ansieht und zur Wirksamkeit der Pfändung Erlaß und Zustellung eines den Anforderungen des § 730 Abs. 1 Sätze 1 und 2 entsprechenden Beschlusses an die Miterben erfordert. Hiermit stimmt überein, was die Begründung des Entwurfes einer Civilprozeßordnung vom Jahre 1871 zu dem mit § 754 des Gesetzes gleichlautenden § 666 bemerkt:

„Soweit ein Dritter vorhanden ist, dessen Leistung oder Duldung zur Ausübung der fraglichen Rechte erforderlich ist, ist derselbe als Drittschuldner einer Forderung zu betrachten. Soweit dies nicht der Fall ist, muß die Beschlagnahme bei dem Schuldner selbst eintreten."

Zu der hier erwähnten Leistung gehört die Erfüllung der Teilungspflicht, welche übrigens auch derjenige Miterbe zu beanspruchen hat, der sich im Besitze des gesamten Nachlasses befindet; nur nach Ausführung solcher Teilung kann der Gläubiger des einzelnen Miterben die Nachlaßgegenstände zu seiner Befriedigung heranziehen. Deshalb sind die anderen Miterben bezüglich des gepfändeten Erbteiles als Drittschuldner zu betrachten. Auch das Reichsgericht hat sich in diesem Sinne bereits in dem Urteile des IV. Civilsenates vom 22. Dezember 1890, abgedruckt zum Teil in der Juristischen Wochenschrift 1891 S. 93, ausgesprochen, und auch das in den Entsch. in Civils. Bd. 42 S. 326 abgedruckte Urteil des VI. Senates vom 28. November 1898 stellt diese Ansicht als die zutreffende hin. Auch die Schriftsteller sind in der überwiegenden Mehrzahl dem Reichsgerichte beigetreten, insbesondere für das unter Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches geltende Recht, in welchem das Rechtsverhältnis der Miterben ebenfalls nach dem Grundsatze der Gesamthand geregelt ist, Reincke in seinem Kommentare Bem. Ia zu § 857 und Petersen-Anger das. Bem. 3 und 6 zu § 857. Die abweichende Ansicht Falkmann's (Zwangsvollstreckung 1. Aufl. S. 234 Note 36), welche im wesentlichen mit der des Berufungsgerichtes übereinstimmt, ist in dem Vorhergehenden widerlegt.

Aus dem Vorbemerkten ergiebt sich zugleich, daß, wenn auch das Erbrecht des Miterben und sein Recht auf Teilung rechtlich keineswegs identisch sind, es doch für die Wirkung der Pfändung durchaus gleichgültig ist, ob darin als Gegenstand derselben das Erbrecht, der Erbanteil, der Erbteil, das Recht auf Teilung, oder das Recht auf Ausantwortung des Erbanteiles (vor geteilter Erbschaft) bezeichnet ist; denn in jedem Falle bezweckt der Gläubiger, sich gegen eine seine Befriedigung vereitelnde Teilung zu sichern. So faßte die Sache auch die 2. Kommission für Beratung eines Bürgerlichen Gesetzbuches auf, in deren Berichte (Protokoll II. S. 8063; Ausgabe von Achilles ꝛc Bd. 5 S. 838) gelegentlich der Frage der Pfändbarkeit des Erbanteiles gesagt ist:

„die Pfändbarkeit entspreche auch dem geltenden Rechte, denn die vielfach gebrauchte Aushilfe, daß man den dem Miterben zustehenden Anspruch auf Auseinandersetzung pfände oder überweise, unterscheide sich von einer Zwangsvollstreckung in den Anteil nur

durch den Ausdruck, indem man nach römischem Sprachgebrauche an Stelle des jus die actio bezeichne."
Derselben Auffassung ist auch in dem erstgenannten reichsgerichtlichen Urteile Ausdruck gegeben." ...

---

105. Darf über die Klage auf Aufhebung eines angeblichen Schiedsspruches (§ 867 C.P.O. a. F., § 1041 n. F.) entschieden werden, ohne daß die geschehene Niederlegung des Spruches auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichtes festgestellt ist?

VII. Civilsenat. Urt. v. 29. Oktober 1901 i. S. M. & Sohn (Kl.) w. Gemeinde N.-S. (Bekl.). Rep. VII. 278/01.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„Das Berufungsgericht hat die wegen angeblicher Versagung des rechtlichen Gehörs gemäß § 867, jetzt 1041 Abs. 1 Nr. 4 C.P.O. erhobene Klage auf Aufhebung des vom 15. November 1899 datierten angeblichen Schiedsspruches auf Grund der Erwägung abgewiesen, daß das von den Schiedsrichtern als Schiedsspruch bezeichnete Schriftstück einen Schiedsspruch im Rechtssinne nicht enthalte, indem gleichzeitig erwogen wird, daß bei dieser Sachlage dahingestellt bleiben könne, ob eine Niederlegung des Schriftstückes auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichtes gemäß § 865, jetzt 1039 C.P.O. stattgefunden habe, oder nicht. Dieses Verfahren des Berufungsgerichtes kann nicht für zulässig erachtet werden.

Die Civilprozeßordnung verleiht in § 866, jetzt 1040 dem Schiedsspruche nicht nur die materiellen Wirkungen eines gerichtlichen Urteiles, sondern gestattet in § 868, jetzt 1042 auch, die Vollstreckbarkeit desselben herbeizuführen. Dies konnte nicht geschehen, ohne zugleich Bestimmung darüber zu treffen, auf Grund welcher formellen Unterlage diese Wirkungen eintreten sollen. Deshalb bestimmt der § 865, jetzt 1039, und zwar, wie die Begründung S. 478 bemerkt, „damit die

Übereinstimmung mit dem Willen der Schiedsrichter gesichert und die Beendigung des Verfahrens festgestellt werde", folgendes:

„der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen."

Die Ausdrucksweise des Gesetzes läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß diese Vorschrift als eine zwingende insofern gewollt ist, als nur ein Schiedsspruch, der in der angegebenen Weise unterschrieben, zugestellt und niedergelegt worden ist, mit der in den nachfolgenden Paragraphen geordneten Eigenschaft der materiellen Rechtskraft und der Fähigkeit, die Vollstreckbarkeit zu erlangen, ausgestattet sein soll; woraus sich weiter ergiebt, daß das Gericht, vor welchem eine derartige Wirkung des Schiedsspruches geltend gemacht wird, das Vorhandensein jener Erfordernisse von Amts wegen zu prüfen hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 397.

Letzteres muß aber auch gelten, wenn eine bei dem Schiedsspruche beteiligte Partei umgekehrt gemäß § 867, jetzt 1041 C.P.O. die Aufhebung des Schiedsspruches begehrt, also festgestellt wissen will, daß der Schiedsspruch nicht mit der materiellen Rechtskraft ausgestattet und nicht geeignet sei, die Vollstreckbarkeit zu erlangen. Die Gründe, aus denen nach § 1042 Abs. 2 das Gericht die Erlassung des Vollstreckungsurteiles zu versagen hat, sind dieselben, welche die Aufhebungsklage des § 1041 rechtfertigen, und gegenüber der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteiles müssen, wie § 869, jetzt 1043 ergiebt, jene Aufhebungsgründe (von einer Ausnahme abgesehen) einredeweise geltend gemacht werden, wenn sie nicht verloren gehen sollen. Wie die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteiles, so setzt also auch die Klage auf Aufhebung voraus, daß das schiedsrichterliche Verfahren in formeller Beziehung gemäß § 1039 abgeschlossen ist.

Das Berufungsgericht durfte deshalb in eine Prüfnng der Frage, ob das Schriftstück vom 15. November 1899 einen Ausspruch der Schiedsrichter enthalte, der seinem Inhalte nach die Eigenschaft eines Schiedsspruches habe, d. h. die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit (§ 1025) enthalte, nicht eintreten, ohne vorher festgestellt zu haben,

daß jenes von den Schiedsrichtern als Schiedsspruch bezeichnete Schriftstück den formellen Anforderungen des § 1039 C.P.O. entspreche, ob es also insbesondere, was von der Beklagten ausdrücklich bestritten war, auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichtes niedergelegt worden sei.

Das angefochtene Urteil war deshalb, unter Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz, aufzuheben, ohne daß es eines Eingehens auf Prüfung des demselben gegebenen Entscheidungsgrundes bedurfte."

---

106. Kann, wenn ein dem Kläger die Kosten des Rechtsstreites zur Last legendes, für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, der Kläger den Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch Vollstreckung des Urteiles oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist, in dem anhängigen Rechtsstreite geltend machen?
C.P.O. § 717 Abs. 2.

II. Civilsenat. Urt. v. 22. Oktober 1901 i. S. S. u. G. (Bekl.) w. B. & Co. (Kl.). Rep. II. 229/01.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Das Landgericht hat die auf Grund des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 erhobene Klage abgewiesen, der Klägerin die Kosten des Rechtsstreites zur Last gelegt, sowie sein Urteil wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt und daraufhin durch Beschluß die von der Klägerin an die Beklagte zu erstattenden Kosten festgesetzt. Um die Vollstreckung dieses Kostenfestsetzungsbeschlusses abzuwenden, hat die Klägerin den Betrag der festgesetzten Kosten an die Beklagte bezahlt, jedoch gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt und in der zweiten Instanz die Verurteilung der Beklagten zur Zurückerstattung des von ihr, der Klägerin, gezahlten Kostenbetrages beantragt. Das Kammergericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteiles der Klage statt-

gegeben und die Beklagte zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites, sowie auf Grund des § 717 Abs. 2 C.P.O. zur Zurückerstattung des von der Klägerin ihr gezahlten Kostenbetrages verurteilt. Die von der Beklagten wegen der letzteren Verurteilung erhobene Revisionsbeschwerde ist für ungerechtfertigt erklärt worden aus folgenden

Gründen:

... „Endlich rügt die Revision, daß das Berufungsgericht mit Unrecht die Beklagte zur Zurückzahlung der auf Grund des aufgehobenen landgerichtlichen Urteiles festgesetzten außergerichtlichen Kosten im Betrage von 117,75 ℳ verurteilt habe, da der von dem Berufungsgerichte angewendete § 717 Abs. 2 C.P.O. nur dem Beklagten, nicht aber auch dem Kläger das Recht gebe, unter den darin näher bestimmten Voraussetzungen den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreite geltend zu machen, daß vielmehr der im gegebenen Falle in Frage stehende Ersatzanspruch der Klägerin im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen sei. Auch diese Beschwerde ist unbegründet. Zunächst ist in dem ganz anderen Zwecken dienenden Kostenfestsetzungsverfahren kein Raum für die Verurteilung einer Partei zur Wiedererstattung von Beträgen, die sie nicht zum Zweck der Führung des Prozesses aufgewendet, sondern auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils und eines sich auf das letztere gründenden Kostenfestsetzungsbeschlusses dem Gegner gezahlt hat (vgl. § 91 und § 104 C.P.O.), wie dies das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen hat.

Vgl. Urteile des V. Civilsenates vom 16. Januar 1892, Seuffert's Archiv Bd. 47 S. 366, und des I. Civilsenates vom 14. Juli 1897, Jurist. Wochenschrift 1897 S. 464 Nr. 20.

Es kann sich daher nur fragen, ob der Weg einer neuen Klage der einzige ist, der einem Kläger, gegen den auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteiles und eines auf dasselbe sich gründenden Kostenfestsetzungsbeschlusses von dem Beklagten die festgesetzten Kosten beigetrieben worden sind, oder der diese zur Abwendung der Vollstreckung bezahlt hat, nach Aufhebung oder Abänderung dieses Urteiles offen steht, um den beigetriebenen oder gezahlten Kostenbetrag wieder zu erlangen, oder ob derselbe nicht zu diesem Zwecke auch das einfachere, kürzere und weniger kostspielige Verfahren des § 717 Abs. 2 C.P.O. einschlagen und demgemäß diesen Anspruch in dem anhängigen

Rechtsstreite selbst geltend machen kann. Ein innerer Grund, den Kläger in einem solchen Falle anders zu behandeln als den Beklagten, dem § 717 Abs. 2 a. a. O. unter den gleichen Voraussetzungen ausdrücklich die letztere Befugnis gewährt hat, liegt nicht vor. Vielmehr sprechen die Erwägungen, welche die Einführung des in § 717 Abs. 2 a. a. O. geregelten vereinfachten Verfahrens überhaupt veranlaßt haben, dafür, die daselbst vorgesehene Befugnis, den betreffenden Ersatzanspruch in dem anhängigen Rechtsstreite geltend zu machen, beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung in gleicher Weise der einen und der anderen Prozeßpartei zu gewähren. Unter diesen Umständen ist von vornherein die Annahme ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber etwa beabsichtigt haben könnte, die beiden Prozeßparteien bezüglich der hier in Rede stehenden Berechtigung und Verpflichtung verschieden zu behandeln, daß er namentlich, da auch der zuerst unterliegende und dann obsiegende Kläger schon aus civilrechtlichen Gründen einen Anspruch auf Erstattung wenigstens der gegen ihn beigetriebenen oder von ihm gezahlten Prozeßkosten hat, diesem nicht auch die in § 717 Abs. 2 vorgesehene Erleichterung behufs Geltendmachung dieses Anspruches hätte gewähren wollen. Auch die Entstehungsgeschichte des § 717 C.P.O. n. F. und des diesem in dem fraglichen Punkte im wesentlichen entsprechenden § 655 Abs. 2 C.P.O. a. F. geben keinen Anhalt für die Annahme, daß beim Erlaß der einen oder der anderen dieser beiden Bestimmungen von den gesetzgebenden Faktoren eine verschiedene Behandlung der beiden Prozeßparteien bezüglich der hier in Rede stehenden Befugnis beabsichtigt worden wäre. Zwar ist bei der Beratung des § 717 Abs. 2 in der Reichstagskommission beantragt worden, statt „Kläger" zu setzen „Gläubiger" und statt „Beklagter" zu setzen „Schuldner" (ohne daß die Gründe dieses Antrages aus dem Kommissionsberichte zu ersehen wären). Doch ist dieser Antrag nicht etwa deshalb, weil man den Kläger und den Beklagten in dieser Hinsicht nicht hätte gleich behandeln wollen, sondern nur mit Rücksicht auf den sonstigen Sprachgebrauch der Civilprozeßordnung abgelehnt worden (vgl. den Kommissionsbericht zu § 717 a. a. O. S. 175). Anderseits erklärt sich der Umstand, daß in § 717 Abs. 2 a. a. O. (ebenso wie in dem früheren § 655 Abs. 2 a. a. O.) nur der Kläger für ersatzpflichtig, und nur der Beklagte als zur Geltendmachung dieses

Ersatzanspruches in dem anhängigen Rechtsstreite berechtigt erklärt worden ist, dadurch, daß man beim Erlaß dieser Bestimmungen zunächst nur an die viel häufigeren Fälle, daß ein Kläger auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteiles seine Forderung von dem Beklagten beigetrieben, oder dieser sie zur Abwendung der Vollstreckung bezahlt hat, nicht aber an die seltenen Fälle gedacht hat, in welchen auf Grund eines solchen dem Kläger die Kosten des Rechtsstreites auferlegenden Urteiles diese Kosten durch den Beklagten beigetrieben oder von dem Kläger bezahlt worden sind, und daß man demgemäß für den gesetzgeberischen Gedanken, daß derartige Ersatzansprüche überhaupt in dem anhängigen Rechtsstreite geltend gemacht werden können, eine zu enge, mit dem wahren Willen der gesetzgebenden Faktoren sich nicht vollständig deckende Fassung gewählt hat. Hiernach ist die Bestimmung des § 717 Abs. 2 a. a. O. dahin auszulegen, daß, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil durch ein späteres Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, die auf Grund des letzteren Urteils unterliegende Partei zum Ersatze des Schadens — also mindestens zur Zurückerstattung des Empfangenen — verpflichtet ist, der der obsiegenden Gegenpartei durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist, und daß die obsiegende Partei den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreite geltend machen kann. In diesem Sinne haben sich auch bereits Petersen II zu § 717 der Civilprozeßordnung Bem. 4, Gaupp zu § 655 C.P.O. a. F. II. 2 und zu § 717 C.P.O. n. F. II. 3, und Auerbach in der Jurist. Wochenschrift von 1899 S. 600 ausgesprochen (vgl. auch Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 167). Hiernach erscheint, da auch die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung des § 717 Abs. 2 a. a. O. von dem Berufungsgerichte in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt sind, die fragliche Verurteilung der Beklagten als durch diese Bestimmung gerechtfertigt." . . .

107. Gilt mit Eintritt der Rechtskraft des Urteiles eine Willenserklärung auch dann als abgegeben, wenn der Beklagte dazu nur unter dem Vorbehalte seiner beschränkten Erbenhaftung verurteilt ist?

C.P.O. §§ 780. 781. 894.

V. Civilsenat. Urt. v. 23. Oktober 1901 i. S. H. K. (Bekl.) w. P. K. (Kl.). Rep. V. 216/01.

I. Landgericht Rostock.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Für die Ehefrau H. K., früher in G. wohnhaft, die Mutter der Beklagten, ist auf zwei Grundbuchblättern von M. eine Hypothek zu 10000 ℳ eingetragen. Die Gläubigerin verzog mit ihrem Ehemanne nach Rostock, ist allda am 8. Juli 1899 verstorben und wurde von ihrem Witwer P. K. und ihrer Tochter, der jetzigen Beklagten, beerbt. P. K. verstarb im April 1900 und hinterließ als seine Alleinerbin die Beklagte.

Der Kläger behauptet nun, daß P. K. ihm die obige Hypothek im Februar 1900 verkauft habe, und klagt gegen die Beklagte auf Umschreibungsbewilligung.

Die Beklagte wendete ein, die einseitige Verfügung ihres verstorbenen Vaters über die Hypothek sei nach den, trotz der von den K.'schen Ehegatten vereinbart gewesenen Gütertrennung zur Anwendung kommenden Grundsätzen des Rostocker Rechtes über fortgesetzte Gütergemeinschaft nichtig gewesen. Für alle Fälle bat sie um Vorbehalt ihrer beschränkten Erbenhaftung.

Der erste Richter wies die Klage ab. Auf Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht durch Urteil vom 10. Mai 1901 die Beklagte verurteilt, die verlangte Abtretungserklärung in der dem § 29 G.B.O. entsprechenden Form zu erteilen, ihr die Beschränkung ihrer Haftung vorbehalten und ihr alle Streitkosten auferlegt. Die Revision der Beklagten und die Revisionsanschließung des Klägers sind zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

. . . „Trotz seiner mannigfachen Schwankungen ist das Berufungsurteil zweifellos dahin zu verstehen, daß bei dem Vertragsschluß mit dem Kläger im Februar 1900 der Erblasser ausschließlich

für sich allein und nicht zugleich für seine Tochter gehandelt hat, und daß für ihn dabei die Verbindlichkeit entstanden ist, dem Kläger das Eigentum an der nun im Streit befangenen Hypothek zu verschaffen.

Soweit der Vorderrichter hiernach Thatsachen festgestellt und den Vertrag ausgelegt hat, sind seine Ausführungen nicht besonders angefochten, auch sonst unbedenklich; die festgestellten Thatsachen aber sind nach den Gesetzen geeignet, das angegriffene Urteil zu rechtfertigen.

Der Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Kläger über die Hypothek ist zunächst nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, unter dessen Herrschaft er geschlossen wurde, zu beurteilen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß man sich nach diesem Gesetzbuche gültig verpflichten kann, einem Anderen eine ganz oder teilweise fremde Sache oder Forderung zu verschaffen.

Wenn ferner der Berufungsrichter dargelegt hat, daß nach den Bestimmungen des Rostocker Stadtrechtes über fortgesetzte Gütergemeinschaften gleichfalls Bedenken gegen die Gültigkeit einer derartigen obligatorischen Verpflichtung zur Verfügung nicht erhoben werden können, so kann dieser aus örtlichem Rechte geschöpfte Satz ... vor dem Reichsgerichte nicht angegriffen werden. Unbegründet ist auch der von der Revisionsklägerin dem Berufungsrichter gemachte Vorwurf, daß er nicht untersucht habe, ob die in Rede stehende Eingehung einer obligatorischen Verbindlichkeit nach Stadtrecht absolut nichtig sei. Gerade mit dieser Frage hat sich die angegriffene Entscheidung hauptsächlich und eingehend beschäftigt, bevor sie zu deren Verneinung gelangt ist.

Der von der Revision der Beklagten besonders hervorgehobene § 185 B.G.B. steht dem Berufungsurteile keineswegs entgegen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet, wie aus sehr zahlreichen Stellen, z. B. den §§ 135. 137. 161. 184. 1398. 1399. 1444. 1445. 1446 ꝛc, hervorgeht, zwischen der unmittelbaren Verfügung über eine Sache oder ein Recht und der nur vorbereitenden Verpflichtung zur Verfügung über solche Gegenstände. Nur von unmittelbaren Verfügungen der ersteren Art, als Veräußerungen, Belastungen, Verzichten u. dgl., spricht der § 185 B.G.B.; er kann daher auf die Verpflichtung des Erblassers, die Hypothek dem Kläger zu verschaffen,

wie solche Verpflichtung nach dem oben Gesagten vom Oberlandesgerichte einwandfrei festgestellt worden ist, überhaupt keine Anwendung finden.

Vgl. Planck, B.G.B. 2. Aufl. Vorbem. zum III. Abschnitt Ziff. IX Nr. 4 S. 148 und § 185 Bem. 2.

Demgemäß war der Berufungsrichter wohl befugt, die Beklagte, wie er es gethan hat, als Erbin zur Erfüllung der von ihrem Erblasser übernommenen Verpflichtung zu verurteilen. Mit Recht hat er ihr insbesondere aber auch auf ihren Antrag die beschränkte Erbenhaftung im Urteilssatze vorbehalten. Daß die Anwendung des § 780 C.P.O. nicht auf Verurteilungen zu Geldzahlungen zu beschränken ist, sondern jedesmal, wenn der Erbe zur Vertragserfüllung ꝛc an Stelle des Erblassers verurteilt wird, eintreten kann, versteht sich von selbst. Die Frage, ob schon der Prozeßrichter das Vorhandensein der Voraussetzungen für beschränkte Haftung des verklagten Erben feststellen muß, kann hier unerörtert bleiben. Denn es war vor dem Berufungsgerichte nicht bestritten, daß die Beklagte als Erbin ihres Vaters nur beschränkt hafte, und der Berufungsrichter führt aus: „daß nicht vorliegt, daß die Beklagte für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet". Jedenfalls brauchte sich der Vorderrichter nicht mit den künftigen Wirkungen des von ihm bewilligten Vorbehaltes zu beschäftigen. Darüber, welchen Einfluß die beschränkte Haftung der Beklagten auf den Urteilsvollzug zu äußern vermag, wird auf Parteianregung im Vollstreckungsverfahren zu verhandeln und zu entscheiden sein, wie dies aus den Einzelbestimmungen der §§ 782—785 C.P.O. deutlich hervorgeht. Allerdings könnte es scheinen, daß der § 894 C.P.O. und die ihm nach der Rechtsprechung gegebene Auslegung im vorliegenden Falle Schwierigkeiten bereiten oder gar den zuerkannten Vorbehalt der Erbenbeschränkung wirkungslos machen könnten.

Nach dieser Gesetzesstelle gilt, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Daß unter dieses Gesetz auch eine Abtretungserklärung, wie sie hier in Frage steht, an sich fallen kann, ist in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung anerkannt. Der erkennende Senat hat sich jedoch dafür entscheiden müssen, daß der angezogene § 894 auf Verurteilungen mit dem Vorbehalte des § 780 C.P.O. überhaupt nicht anwendbar, daß es somit nicht mög-

lich ist, das Berufungsurteil sofort nach Eintritt seiner Rechtskraft grundbuchamtlich durch Überschreibung der Hypothek auf den Kläger zu vollziehen; denn dadurch könnte allerdings der der Beklagten zugebilligte Vorbehalt thatsächlich entkräftet werden; ein Ergebnis, das den §§ 780 flg. C.P.O. und den ergänzenden civilrechtlichen Bestimmungen in §§ 1975 flg. B.G.B. geradezu widersprechen würde und unmöglich vom Gesetzgeber gewollt sein kann. Durch § 894 C.P.O. sollten unnötiger und belästigender Vollstreckungszwang und dessen Kosten den Parteien erspart werden; dieser gesetzgeberische Grund trifft aber nur auf unbedingte und vorbehaltlose rechtskräftige Verurteilungen des Schuldners zur Abgabe von Willenserklärungen, nicht aber auf solche Fälle zu, in denen noch die verschiedensten erbrechtlichen Fragen: was zum Nachlaß gehört, ob der Nachlaß zur Deckung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, wie verneinendenfalls zu verfahren ist ꝛc, zur Erörterung gelangen können. In derartigen Fällen ist die Einleitung einer förmlichen Zwangsvollstreckung für beide Parteien notwendig, damit die Entscheidung über die vorerwähnten erbrechtlichen Fragen in die richtigen Wege geleitet werden kann.

Auch der Umstand, daß der Gesetzgeber den gegen Empfang einer Gegenleistung, also gleichfalls nicht unbedingt, zu einer Willenserklärung Verurteilten durch Satz 2 des § 894 in Verbindung mit dem Abs. 2 des § 726 C.P.O. gegen die Gefahren vorzeitigen Urteilsvollzuges gesichert, für den Fall des § 780 C.P.O. aber trotz ähnlicher Gefahr nichts Ähnliches bestimmt hat, spricht dafür, daß er letzteres nicht für nötig erachtete, vielmehr der Meinung war, daß § 894 a. a. O. überhaupt bei vorbehaltener Haftungsbeschränkung keine Anwendung finden könne, sondern in diesem Falle die regelmäßige Urteilsvollstreckung eingeleitet werden müsse.

Vgl. Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 8 S. 136 zu § 664 C.P.O. a. F.

Hiernach ist die in erster Reihe vom Kläger geäußerte Meinung, daß der in Rede stehende Vorbehalt wirkungslos sei, unbegründet, und weil sein Anschließungsantrag, den Vorbehalt aus dem Urteilssatze zu streichen, im Gesetze nach dem Obengesagten keine Stütze findet, mußte die Revisionsanschließung, ebenso wie die nach obigem hinfällige Revision, zurückgewiesen werden, da auch durchschlagende Bedenken gegen das Urteil sich nicht ergeben haben." . . .

108. Ist in dem Falle, daß gegen eine offene Handelsgesellschaft eine Klage bei einem zuständigen Gerichte erhoben war, und nach Auflösung der Gesellschaft der Kläger einen der Gesellschafter zur Fortsetzung des Verfahrens hat laden lassen, dieser berechtigt, indem er seine Pflicht zur Übernahme der Parteistellung bestreitet, aus seiner Person die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit vorzuschützen? C.P.O. § 263.

VII. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1901 i. S. W. (Bekl.) w. W. Kunstmühlenwerke (Kl.). Rep. VII. 244/01.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

In erster und zweiter Instanz ist die Einrede für unbegründet erachtet. Die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Verwerfung der Unzuständigkeitseinrede rechtfertigt sich schon im Hinblick auf die prozessuale Lage der Sache.

Daß zur Zeit der Anstellung der Klagen gegen die Handelsgesellschaft H. & R. W. das Landgericht zu Magdeburg örtlich zuständig war, bestreitet der Revisionskläger nicht, und wenn die Zuständigkeit gefehlt hätte, so würde sie, da die Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache verhandelt hat, nach den §§ 38. 39 C.P.O. als durch stillschweigende Vereinbarung geschaffen anzusehen sein. Die einmal begründete Zuständigkeit aber bleibt gemäß § 263 Abs. 2 Nr. 2 a. a. O. bis zum Schluß des Rechtsstreites erhalten und erstreckt sich auf alle Verhandlungen, die einen Teil desselben darstellen. Um eine solche aber handelt es sich hier.

Nach Auflösung der verklagten Handelsgesellschaft ist die Klägerin nicht etwa zur Erhebung einer neuen Klage gegen den Kommerzienrat W. geschritten, sondern hat denselben in dem anhängigen Rechtsstreite mit dem Bemerken, daß er nach Auflösung der Handelsgesellschaft deren Aktiven und Passiven übernommen habe, und daß sie daher die drei Klagen gegen ihn richte, zu einem neuen Verhandlungstermine, der unter Aufhebung eines anstehenden anberaumt wurde, geladen. Könnten über die Bedeutung dieses prozessualen Schrittes aber auch Zweifel entstehen, so würden sie dadurch beseitigt sein, daß Klägerin

im Verhandlungstermine ausdrücklich hervorgehoben hat, es handele sich nicht um eine neue Klage, sondern nur um eine Fortsetzung des schon seit Jahren anhängigen Prozesses. Hiernach hat Klägerin den Kommerzienrat W. lediglich als zum Eintritt in den Rechtsstreit verpflichtet, als gegenwärtigen Träger der Parteirolle, in Anspruch genommen. Ohne Belang ist daher, ob auch ihm gegenüber ein Gerichtsstand sich begründen lassen würde.

Bei Prüfung der Inkompetenzeinrede muß aber die Frage ganz ausscheiden, ob das Verlangen der Klägerin, den Rechtsstreit mit dem Revisionskläger als neuem Prozeßgegner fortzuführen, berechtigt ist. Diese Frage, ebenso wie diejenige nach dem jetzigen Träger der Schuldverbindlichkeit, gehört zu denjenigen Gegenständen, über welche eine Entscheidung herbeizuführen die Aufgabe des Rechtsstreites ist; der Revisionskläger kann die Unzuständigkeit des Gerichtes nicht auf die Behauptung stützen, daß er nicht Träger der Parteistellung, nicht passiv legitimiert sei; denn dies berührt nicht die Zuständigkeitsfrage, sondern die Sache selbst. Er ist nicht berechtigt zu begehren, daß die Frage aus dem schwebenden Rechtsstreite ausgesondert, und daß über sie in einem nach seinem Wohnsitze oder Aufenthalte oder kraft besonderer Zuständigkeitsgründe sich bestimmenden Gerichtsstande entschieden werde, so zwar, daß erst, wenn dort seine Verbindlichkeit zur Übernahme der Parteistellung im gegenwärtigen Rechtsstreite rechtskräftig festgestellt wäre, der letztere in der Richtung gegen ihn fortgesetzt werden dürfte. Die Frage, wie sie nach dem oben Bemerkten sich gestaltet, und wie sie also dahingeht, ob der Revisionskläger Parteistellung in dem anhängigen Rechtsstreite erlangt hat, ist mit Notwendigkeit ein Teil eben dieses Streites und wird von der für ihn begründeten örtlichen Zuständigkeit umfaßt.

Hieraus folgt zugleich, daß die bezeichnete Frage, auf welche der Berufungsrichter schon in Anlaß der Inkompetenzeinrede eingegangen ist, der weiteren Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst vorbehalten bleiben muß. Das Gleiche gilt von der Frage, ob in dem weiteren Verfahren die Erben des verstorbenen Gesellschafters J. gemäß § 63 C.P.O. geladen werden müssen."

109. Ist für die Klage des Käufers auf Rückerstattung des für die bereits übergebene Ware gezahlten Kaufpreises, welche auf Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gemäß §§ 119, 123 und 143 Abs. 1 B.G.B. gegründet wird, das Gericht des Wohnsitzes des Käufers, wo die Ware sich befindet, oder das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers, und zwar auch dann zuständig, wenn gleichzeitig auf Rückempfang der Ware geklagt wird? Ist in einem solchen Falle als streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 C.P.O. lediglich die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückerstattung des Kaufpreises anzusehen?

II. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1901 i. S. S. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. II. 219/01.

I. Landgericht Tilsit.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Der Kläger S. zu Tilsit kaufte von dem Beklagten E., welcher seinen Wohnsitz in Freudenstadt in Württemberg hat, im Jahre 1900 fünf Ulmer Dombau-Doppelthaler von 1871 für 10,50 ℳ pro Stück und im September 1900 dreißig Ulmer Dombau-Doppelthaler von 1869 für 11 ℳ pro Stück. Der Kläger erhielt die gekauften Münzen vom Beklagten übersandt und bezahlte sie zusammen mit 382,50 ℳ. Kläger behauptete demnächst, daß die ihm vom Beklagten gelieferten Stücke nicht Thaler, sondern geringwertige Medaillen seien, und focht deshalb die mit dem Beklagten geschlossenen Kaufverträge an, weil der Beklagte ihn durch arglistige Täuschung zum Abschlusse der Kaufverträge bestimmt habe, jedenfalls aber Kläger bei Abschluß der Kaufverträge über deren Inhalt im Irrtume gewesen sei. Der dieserhalb zum Landgerichte Tilsit erhobenen Klage, mittels deren beantragt wurde,

1. den Beklagten zu verurteilen, die von ihm an den Kläger gelieferten 35 Medaillen in Tilsit zurückzunehmen;
2. Zug um Zug mit der Zurücknahme an den Kläger 382 ℳ nebst 4 Prozent Zinsen von der Klagezustellung ab zu zahlen,

setzte der Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Landgerichtes Tilsit entgegen.

Das genannte Landgericht hat, nach Beschränkung der Ver-

handlung auf die Einrede der Unzuständigkeit, durch Urteil vom 21. Februar 1901 diese Einrede verworfen.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgericht zu Königsberg zurückgewiesen. Auf die Revision des Klägers hob jedoch das Reichsgericht die Urteile der Vorinstanzen auf und wies die Klage wegen Unzuständigkeit des Landgerichtes zu Tilsit ab.

Aus den Gründen:

„Bei Beurteilung und Entscheidung der Frage, ob die Vorinstanzen das Landgericht zu Tilsit mit Recht bezüglich der vorliegenden Klage für zuständig erklärt haben, ist davon auszugehen, daß diese Klage nicht die Wandelungsklage (§§ 462 flg. B.G.B.) ist, daß vielmehr der Kläger seinen Anspruch auf die §§ 119 und 123 B.G.B. gegründet hat, indem er behauptet, bezüglich der ihm thatsächlich gelieferten Ulmer Dombaumedaillen nicht nur in dem Irrtume sich befunden zu haben, dieselben seien echte Ulmer Dombauthaler, die einen erheblich höheren Wert hätten, sondern auch vom Beklagten in dieser Hinsicht arglistig getäuscht worden zu sein, und demgemäß seine Willenserklärung über den Ankauf der ihm gelieferten Medaillen auf Grund der vorbezogenen Bestimmungen anficht. An diesem rechtlichen Charakter der Klage kann insbesondere nichts ändern, daß das Oberlandesgericht, welches zunächst auch die §§ 119 und 121 a. a. O. bezieht, demnächst die Klage als Wandelungsklage bezeichnet. Es beruht das auf einer Verkennung des rechtlichen Unterschiedes beider Klagen. Während die Wandelungsklage ein an sich zu Recht bestehendes Kaufgeschäft voraussetzt, welches, falls der Anspruch begründet ist, rückgängig gemacht wird, ist das wegen Irrtumes oder Betruges angefochtene Geschäft nach § 142 Abs. 1 als von vornherein nichtig anzusehen, sodaß die Wandelungsklage und die Klage wegen Irrtumes oder Betruges miteinander rechtlich nicht vereinbar sind. Ob, wenn im vorliegenden Falle die Wandelungsklage erhoben wäre, der örtliche Gerichtsstand des Landgerichtes Tilsit begründet sein würde, was von den Parteien unter Bezugnahme auf die über diese Frage für die bisherigen verschiedenen Rechtsgebiete ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichtes,

Entsch. desselben in Civils. Bd. 10 S. 352, Bd. 20 S. 358, Bd. 27 S. 393,

sowie die nunmehr einschlägigen Bestimmungen der §§ 467. 348 B.G.B. bei der Verhandlung über die Revision näher erörtert wurde, bedarf danach der Entscheidung nicht.

Für die vorliegende Klage kommt vorerst in Betracht, daß dieselbe nicht auf Nichtigkeitserklärung des Kaufvertrages wegen Irrtumes oder Betruges, auch nicht auf Feststellung der Nichtigkeit infolge der klägerischerseits schon vor dem Prozesse erklärten Anfechtung (§ 143 B.G.B.), sondern lediglich auf die Folgen der behaupteten Nichtigkeit, nämlich Rücknahme der bereits gelieferten Ware und Rückzahlung des Kaufpreises, gerichtet ist, sonach nicht direkt das Nichtbestehen des Kaufvertrages zum Gegenstande hat. Wollte man aber auch hieraus ein entscheidendes Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 29 C.P.O. nicht herleiten; so würde doch auch auf Grund dieser Bestimmung die örtliche Zuständigkeit des Landgerichtes Tilsit nicht angenommen werden können.

Das Oberlandesgericht gründet, in Übereinstimmung mit dem Landgerichte, diese Zuständigkeit rechtlich auf die Annahmen, daß die in den §§ 346—348, 350—354 und 356 B.G.B. enthaltenen Bestimmungen auch auf den aus den §§ 119 und 123 B.G.B. wegen Irrtumes oder arglistiger Täuschung erstrebten „Rücktritt" vom Vertrage anzuwenden seien, daß der Kläger aber zur Begründung seiner „Wandelklage" die Erfüllung Zug um Zug anbieten durfte, und nicht sich durch einseitige Rückforderung des gezahlten Kaufpreises der ihm in diesem Falle drohenden Einrede, daß er diese Rückzahlung nur gegen Rückgabe der Medaillen zu beanspruchen habe, auszusetzen brauchte. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zutreffend. Da es sich, wie oben ausgeführt wurde, nicht um eine Wandelungsklage handelt, kann von einer direkten Anwendbarkeit jener Bestimmungen, wie sie für den Fall der Wandelung durch § 467 ausdrücklich vorgesehen ist, nicht die Rede sein. Aber auch eine analoge Anwendung derselben aus dem Gesichtspunkte, daß auch in den Fällen der §§ 119 und 123 thatsächlich eine Rückgängigmachung der beiderseits erfolgten Vertragsleistungen in Frage stehe, muß als ausgeschlossen erachtet werden. Wie bereits hervorgehoben wurde, ist nach § 142 Abs. 1 ein wegen Irrtumes oder Betruges anfechtbares Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen. Danach können die Grundsätze über den Rücktritt von einem Vertrage und die Wiederaufhebung eines

solchen auf diese Fälle überhaupt keine Anwendung finden. Vielmehr charakterisiert sich bei vorhandener Nichtigkeit eines Kaufvertrages der Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des bereits gezahlten Kaufpreises als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 B.G.B. Dieser Anspruch besteht unabhängig von dem eventuellen Anspruche des Gegenkontrahenten auf Rückgewähr der von ihm gemachten Leistung. Der Satz, daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zurückzugewähren seien, auf welchen vornehmlich die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes des Wohnortes des Käufers gegründet wird, wenn außer der Rückzahlung des Kaufpreises auch der Rückempfang der an den Käufer gelieferten und an dessen Wohnort befindlichen Waren gefordert wird, kommt für den vorliegenden Fall daher nicht zur Anwendung. Auch die Bestimmung in § 273 B.G.B. über das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners im Falle eines fälligen Anspruches gegen den Gläubiger aus demselben rechtlichen Verhältnisse, welches nur eine Einrede gegen den Hauptanspruch begründet, führt nicht zu der Annahme, daß auch bei der Anfechtung wegen Nichtigkeit stets Zug um Zug zurückzugewähren sei. Der Umstand endlich, daß der Kläger ausdrücklich und sogar in erster Linie den Antrag gestellt hat, den Beklagten zu verurteilen, die gelieferten Medaillen zurückzunehmen, vermag gleichfalls an der rechtlichen Sachlage, die auch für die örtliche Zuständigkeit maßgebend ist, nichts zu ändern. Der Kläger konnte zwar, um der erwähnten Retentionseinrede des Beklagten zuvorzukommen, in der Klage die Rückgabe der Medaillen gegen Rückempfang des Kaufpreises anbieten; der eigentliche Klaganspruch wegen der Nichtigkeit des Vertrages ist aber der Anspruch auf Rückgewähr des sine causa gezahlten Kaufpreises; die Verpflichtung zur Rückgewähr dieses Kaufpreises bildet die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 C.P.O. Diese Verpflichtung ist nach § 269 B.G.B. im Zweifel am Wohnsitze des Schuldners zur Zeit ihrer Entstehung zu erfüllen. Daraus, daß der Beklagte berechtigt ist, die Zahlung nur gegen Rückgabe der Medaillen zu leisten, folgt nicht, daß er verpflichtet sei, die Zahlung dort zu leisten, wo sich dieselben befinden. Daran konnte der Kläger auch dadurch nichts ändern, daß er jenen ersteren angeblichen Anspruch in die Klage mit aufgenommen hat, da die Parteien nicht berechtigt sind, den nach § 29 a. a. O. dem materiellen Rechte entsprechenden, begründeten

Gerichtsstand in der angegebenen Weise willkürlich anderweitig zu vertauschen. Somit ist für die vorliegende Klage die örtliche Zuständigkeit nicht in Tilsit, sondern am Wohnsitze des Beklagten, zu Freudenstadt in Württemberg, begründet, und war dieselbe daher unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes abzuweisen.

Ob, wenn wegen des behaupteten Betruges eine auf § 823 B.G.B. gestützte Schadensersatzklage erhoben wäre, sich die örtliche Zuständigkeit an einem anderen Orte als dem Wohnsitze des Schuldners auf § 32 C.P.O. begründen ließe, steht nicht in Frage." ...

---

110. Zwangsvollstreckung aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenen Urteile.

V. Civilsenat. Urt. v. 6. November 1901 i.S. St. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. V. 236/01.

I. Landgericht Beuthen O. S.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 39 S. 162 abgedruckt.

---

111. Kann der aus einer prozeßführenden offenen Handelsgesellschaft im Laufe des Rechtsstreites ausgeschiedene Gesellschafter als Zeuge vernommen werden, wenn seines Ausscheidens ungeachtet die Gesellschaft als solche fortbesteht?

VII. Civilsenat. Urt. v. 8. November 1901 i. S. der offenen Handelsgesellschaft H. L. (Bekl.) w. die offene Handelsgesellschaft Gebr. J. (Kl.). Rep. VII. 262/01.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden

Gründen:

„Die Revisionsklägerin hält es für einen Verstoß gegen die Prozeßordnung, daß Erhard J. als Zeuge vernommen worden ist. Nach ihren Ausführungen aber in der mündlichen Verhandlung stellt sie sich nicht mehr auf den früheren Standpunkt, daß J. bei dem Ausgange des Rechtsstreites unmittelbar beteiligt sei (§ 393 Abs. 1 Nr. 4 C.P.O.), sondern nimmt an, daß er, ungeachtet seines Ausscheidens aus der klagenden Handelsgesellschaft, als Prozeßpartei anzusehen sei, deren Aussage nicht als Zeugnis hätte gewürdigt werden dürfen. Nun ist allerdings in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes fortdauernd angenommen worden, daß die offene Handelsgesellschaft nicht eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene Rechtspersönlichkeit darstellt,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 57, Bd. 5 S. 55. 71, Bd. 17 S. 368, Bd. 18 S. 140, Bd. 30 S. 152,

und daher auch in Prozessen, welche eine offene Handelsgesellschaft führt, die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung unter der Gesellschaftsfirma die Prozeßpartei bilden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s a. a. O. Bd. 32 S. 399.

Allein die daraus herzuleitende Schlußfolgerung, daß im Falle des Aufhörens der Gesellschaft während des Prozesses die Parteirolle auf die sämtlichen früheren Gesellschafter als Streitgenossen übergeht,

vgl. Entsch. d. R.G.'s a. a. O. Bd. 35 S. 389, Bd. 46 S. 41,

trifft nicht zu für den hier vorliegenden Fall, wo aus dem als offene Handelsgesellschaft fortbestehenden Verbande nur einer der mehreren Gesellschafter ausgetreten ist. Denn Prozeßpartei bleibt in einem solchen Falle die unter der Gesellschaftsfirma zusammengefaßte Gesamtheit. Der ausscheidende Teilhaber hört auf, das streitige Recht für sich zu verfolgen; er steht den Prozeßparteien als Dritter gegenüber, der nicht in der Lage ist, Parteihandlungen für sich auszuüben. Eine andere Frage ist die, ob nicht seines Ausscheidens ungeachtet sein Rechts- und Pflichtenkreis noch durch den Ausgang des Rechtsstreites beeinflußt wird. Aber auch wo dies zutrifft, was im vorliegenden

Falle vom Berufungsrichter nicht angenommen worden ist, nachdem J. jede Beteiligung am Ausgange des Rechtsstreites verneint hat, steht begrifflich seiner Zulassung als Zeuge nichts entgegen. Nur ist dann § 393 Abs. 1 Nr. 4 C.P.O. anzuwenden." ...

---

112. Beurteilung der Förmlichkeiten einer Berufung, bezw. Revision, welche gegen mehrere notwendige Streitgenossen eingelegt ist, in Fällen, wo die Urteilszustellungen zwischen dem Rechtsmittelkläger und seinen einzelnen Prozeßgegnern je zu verschiedenen Zeiten stattgefunden hatten.

VI. Civilsenat. Urt. v. 7. November 1901 i. S. W. (Kl.) w. Sch. Erben (Bekl.). Rep. VI. 94/00.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Zum Verständnisse der nachfolgenden Entscheidungsgründe ist vorauszuschicken, daß in dem ersten Revisionsverhandlungstermine, der im Jahre 1900 stattfand, von den vier Beklagten nur drei erschienen waren, der vierte aber (der Beklagte „zu 3"), der überhaupt in dem ganzen Prozesse sich noch an keiner mündlichen Verhandlung beteiligt hatte, ausgeblieben war. Dort wurde festgestellt, daß dem Kläger und Revisionskläger von den drei erschienenen Beklagten gemeinsam das Berufungsurteil zugestellt worden sei, und daß er von da ab innerhalb Monatsfrist allen vier Beklagten gleichzeitig die Revisionsschrift zugestellt, daß aber zwischen ihm und dem Beklagten zu 3 überhaupt keine Zustellung des Berufungsurteiles stattgefunden habe. Nachdem darauf eine hier erhebliche Rechtsfrage den vereinigten Civilsenaten des Reichsgerichtes zur Entscheidung vorgelegt und von diesen entschieden worden war (vgl. Bd. 48 dieser Sammlung Nr. 98 S. 417), stellte der Kläger am 31. Juli 1901 zugleich das Berufungsurteil und die Revisionsschrift dem Beklagten zu 3 zu, indem er denselben zu dem angesetzten neuen Verhandlungstermine lud, zu welchem der Beklagte zu 3 übrigens, wie die anderen Beklagten und der Kläger,

dem § 137 Abs. 5 G.V.G. gemäß schon von Amts wegen geladen war. Der Beklagte zu 3 erschien auch hier wieder nicht. Das übrige ergiebt sich aus den folgenden

Gründen:

„Die vier Beklagten sind als Erben des verstorbenen R. Sch. bei ungeteilter Erbschaft belangt; sie sind daher nach § 127 A.L.R. I. 17, welcher hier noch zur Anwendung zu kommen hat, notwendige Streitgenossen im Sinne des § 59 Abs. 1 C.P.O. a. F. (§ 62 Abs. 1 n. F.). Nach demselben Paragraphen der Civilprozeßordnung hat also der ausgebliebene Beklagte zu 3 als durch seine erschienenen drei Mitbeklagten vertreten zu gelten. . . .

Es ist der Beurteilung der Förmlichkeiten der Revision der . . . Beschluß der vereinigten Civilsenate zu Grunde zu legen, nach welchem bei notwendiger Streitgenossenschaft durch die Urteilszustellung des einen Streitgenossen der Lauf der Rechtsmittelfrist nicht auch in Ansehung der anderen Streitgenossen eröffnet wird. Danach ist zwar die Revision den Beklagten zu 1, 2 und 4 gegenüber durch die am 17. März 1900 vorgenommene Zustellung der Revisionsschrift ordnungsmäßig eingelegt worden, nicht aber dem Beklagten zu 3 gegenüber, da zwischen diesem und dem Kläger damals noch keine Zustellung des Berufungsurteiles stattgefunden hatte: diesem Beklagten gegenüber war also nach § 552 Abs. 2 C.P.O. n. F. die Revision wirkungslos eingelegt. Das würde aber keinen Grund abgeben, die Revision, wie es früher einmal der IV. Civilsenat des Reichsgerichtes,

vgl. Beitr. zur Erläut. des deutschen Rechts Bd. 30 S. 726 flg.,

in einem ähnlichen Falle gethan hat, auch den übrigen Beklagten gegenüber für wirkungslos eingelegt zu erklären. Der erkennende Senat bezieht sich hier auf die Erwägungen, die in den Gründen zu dem Beschlusse der vereinigten Civilsenate unter V enthalten sind. Es ergiebt sich als weitere Konsequenz, daß es, da die Förmlichkeiten des Rechtsmittels in Ansehung jedes einzelnen der mehreren Streitgenossen gesondert beurteilt werden müssen, genügt, wenn sie zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf deren Grund die Urteilsfällung erfolgt, allen Streitgenossen gegenüber in Ordnung sind. Dies ist nun aber jetzt auch in betreff des Beklagten zu 3 der Fall, da durch die gleichzeitige Zustellung des Berufungsurteiles und der Revisionsschrift am 31. Juli 1901 dem § 552 Abs. 2 C.P.O. entsprochen ist.

In der Sache selbst mußte nach den gleichen Grundsätzen der Revision stattgegeben werden. In der Berufungsverhandlung war festgestellt worden, daß dem Kläger das Urteil erster Instanz von den Beklagten zu 1 und 2 am 4. Juli 1899, diesen von jenem die Berufungsschrift am 2. August 1899, ferner von dem Beklagten zu 4 jenes Urteil dem Kläger am 6. Juli 1899, und dann von dem letzteren das Urteil erster Instanz und die Berufungsschrift gleichzeitig am 5. August 1899 sowohl dem Beklagten zu 4, als auch dem Beklagten zu 3 zugestellt worden seien. Das Berufungsgericht hat die Berufungsfrist allen Beklagten gegenüber als durch jene Urteilszustellung vom 4. Juli eröffnet angesehen, daher die Berufungseinlegungen vom 5. August für verspätet und somit die Berufung den Beklagten zu 3 und 4 gegenüber für unzulässig gehalten und deswegen, nämlich weil nun das Urteil erster Instanz, zunächst zu Gunsten dieser beiden Beklagten, rechtskräftig geworden sei, die Berufung überhaupt als unzulässig verworfen. Dies war nach dem erwähnten Beschlusse der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichtes unrichtig. Die Berufungsfrist war dem Beklagten zu 4 gegenüber erst durch seine Urteilszustellung vom 6. Juli in Lauf gesetzt, dem Beklagten zu 3 gegenüber bis zum 5. August noch gar nicht: daher geschah die Berufungseinlegung beiden gegenüber, dem letzteren gegenüber nach § 514 Abs. 2 C.P.O. a. F. gleichzeitig mit der Urteilszustellung, am 5. August noch rechtzeitig. Da zur Zeit der Berufungsverhandlung alle Förmlichkeiten in Ordnung waren, hätte die Berufung als zulässig behandelt werden sollen.

Mithin war das angefochtene Urteil aufzuheben, und die Sache nach § 565 Abs. 1 n. F. ans Berufungsgericht zurückzuverweisen."

---

113. Unterliegt die Einrede des Schiedsvertrages (§ 274 Abs. 2 Nr. 3 C.P.O.) der Beschränkung des § 528 Abs. 1 Satz 1 C.P.O. auch dann, wenn das Verfahren erster Instanz schon vor dem 1. Januar 1900 beendet worden ist?

I. Civilsenat. Urt. v. 18. November 1901 i. S. D. (Kl.) w. v. S. (Bekl.). Rep. I. 216/01.

I. Landgericht Schneidemühl.
II. Oberlandesgericht Posen.

Aus den Gründen:

„Mit Unrecht behauptet der Kläger, die Beklagte sei mit der Einrede des Schiedsvertrages, weil sie dieselbe nicht in erster Instanz vorgebracht habe, und die Voraussetzungen, unter denen nach § 528 Abs. 1 Satz 1 C.P.O. prozeßhindernde Einreden noch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden können, nicht gegeben seien, ausgeschlossen. Das Endurteil erster Instanz ist bereits am 19. Oktober 1897 ergangen. Das gesamte Verfahren erster Instanz unterlag demnach noch den Prozeßgrundsätzen des vor dem 1. Januar 1900 in Kraft gewesenen Rechtes. Damals aber war die in Rede stehende Einrede noch nicht eine prozeßhindernde; sie ist vielmehr erst durch § 274 Abs. 2 Nr. 3 C.P.O. n. F. dazu erklärt worden. Auf die im vorliegenden Rechtsstreite erhobene Einrede fand demnach die Vorschrift des § 274 Abs. 1: „Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen", keine Anwendung. Der § 528 Abs. 1 Satz 1 hat aber offensichtlich nur solche prozeßhindernde Einreden im Auge, welche dieser Vorschrift in erster Instanz unterlagen; denn er knüpft den Ausschluß an die Voraussetzung eines Verschuldens der Partei beim Nichtvorbringen in erster Instanz, und von einem Verschulden kann nur bei Übertretung des prozeßrechtlichen Gebotes des § 274 Abs. 1 die Rede sein. Wenn es auch richtig ist, daß der Beklagten nicht ein wohlerworbenes Recht zustand, die Einrede noch in der Berufungsinstanz vorzubringen, und Prozeßvorschriften an sich sofort mit ihrem Inkrafttreten auch auf anhängige Prozesse Anwendung finden (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 398), so kann das betreffende Prozeßgesetz sich doch sehr wohl hinsichtlich seines Anwendungsbereiches selbst beschränken. Diese Selbstbeschränkung des § 528 Abs. 1 Satz 1 muß aber, wie dargelegt, aus seinem Inhalte und dem engen Zusammenhange mit § 274 entnommen werden. In demselben Sinne haben sich auch hervorragende Kommentatoren der Civilprozeßordnung ausgesprochen.

Vgl. Petersen-Anger, Anh. 1 Nr. 18d; Gaupp-Stein, Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betreffend Änderungen der Civilprozeßordnung, Art. 1 Nr. 4, Bem. 15 S. 45; Struckmann u. Koch zu § 274 Bem. 6 Abs. 2." ...

Register.

Die beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die Seiten.

A. Sachregister.

A

Abbauwürdigkeit.
S. „Bergrecht".

Abgaben.
S. „Gewerbeordnung".

Abnahme; Erfüllungsort für die Verpflichtung des Käufers zur A. bei Gattungskäufen . . . 72

Abtretung; wann bewirkt A. des Klaganspruches den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation? 363

Aktiengesellschaft; sind Genußscheine, die von einer A. bei Aufnahme eines Darlehns neben den Schuldverschreibungen ausgegeben werden, Beurkundungen von Gesellschaftsrechten oder solche von Gläubigerrechten . . 10

— Übertragbarkeit solcher Genußscheine ohne die Schuldverschreibungen 14

— ist die Generalversammlung befugt, das Maß des Bezugsrechtes ohne Zustimmung der Genußscheininhaber zu ändern? . 15

Aktiengesellschaft; Begriffsmerkmale des Interimsscheines 22

— ist die von einem Aktionär zur Sicherung des Restes seiner Einlage vorgenommene Hinterlegung von Wechseln als Einzahlung auf die Aktie anzusehen? . . . 26

— Ist die Bestimmung des Statutes gültig, daß der Aktionär ausgeschlossen werden kann, und daß er in diesem Falle die Aktie gegen Zahlung des Originalbetrages an einen Dritten abtreten muß? 77

Aktivlegitimation; unter welchen Voraussetzungen kann aus § 265 Abs. 3 C.P.O. der Einwand erhoben werden, daß Kläger durch Abtretung des Klaganspruches die A. verloren habe? . . . 363

Anfechtungserklärung; ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Abgabe und Entgegennahme einer A. nach § 143 B.G.B? . . 392

— ist dem Revisionsgerichte die Prüfung der Frage entzogen, ob eine A. nach § 121 B.G.B. unverzüglich erfolgt sei? . . 394

Anlage, neue.
S. „Enteignung".
Anschaffungsgeschäfte.
S. „Börsentermingeschäfte".
Anspruch auf Herausgabe.
S. „Herausgabeanspruch"; „Eigentumsübertragung".
Anwaltszwang.
S. „Auseinandersetzungssachen".
Arrestpfändung.
S. „Pfändung".
Arrestvormerkung; Zwangsvollstreckung aus einer A. des bisherigen preußischen Rechtes nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetze 106
Arglistige Täuschung.
S. „Gerichtsstand des Erfüllungsortes".
Aufhebungsklage.
S. „Schiedsspruch".
Aufrechnung.
S. „Vorabentscheidung".
Ausland.
S. „Rechtshängigkeit"; „Stempelsteuer", preußische.
Aussteuer; Feststellungsklage bezüglich der Verpflichtung des Vaters, der Tochter im Falle der Verheiratung eine A. zu gewähren 370

B

Bäume.
S. „Ersitzung".
Bedingtes Endurteil.
S. „Berufungsinstanz".
Bedingungen, uneigentliche.
S. „Stempelsteuer", preuß.
Beglaubigung.
S. „Stempelsteuer", preuß.
Beglaubigung von Unterschriften.
S. „Notar".
Beklagter; tritt durch unterlassene Rüge Heilung der mangelhaft erhobenen Klage ein, wenn erst in der mündlichen Verhandlung der B. richtig bezeichnet wird? 376
Bereicherung; Voraussetzungen des Anspruches wegen ungerechtfertigter B. 49
Bereicherungsklage; trifft der B. gegenüber den befriedigten Hypothekengläubiger die Beweislast für das Bestehen eines anderen Schuldgrundes als des eingetragenen? (Preuß. R.) 300
Bergbau.
S. „Gewerkschaft".
Bergrecht; ist der Muter nach Ablauf der Frist des § 31 Abs. 2 Allg. Berggef. zur Erhebung der Klage gegen einen konkurrierenden Muter befugt, wenn sein Anspruch auf Beleihung von den Bergbehörden nur wegen verspäteter Einreichung des Situationsrisses zurückgewiesen ist? (Preuß. R.) 214
— ist nach dem preußischen und dem württembergischen Berggesetze die Fündigkeit einer Mutung dadurch bedingt, daß das entdeckte Mineral sich am Fundpunkte in abbauwürdiger Menge findet? . 227
— Bedeutung der Tiefanlage des Fundpunktes bei Funden, die mittels eines Bohrloches oder eines Schachtbetriebes gemacht sind? (Württemb. u. Preuß. R.) 228
— entscheidet bei der Kollision zweier im Sinne des § 24 preuß. Allg. Berggef. an sich bevorrechteter

Mutungen das Alter des Fundes oder das Alter der Mutung? 261

Bergrecht; Haftung des Bergwerksbesitzers für die Schädigung einer Windmühle durch Windentziehung infolge von Haldenaufschüttungen. (Preuß. R.) 281
S. „Gewerkschaft"; „Kohlenabbaugerechtigkeit".

Berufung; kann in Ehesachen eine Partei, die selbständige B. eingelegt hat, nachdem über diese durch Teilurteil sachlich entschieden ist, sich behufs der Erhebung einer Widerklage noch der Berufung des Gegners wirksam anschließen? 396
S. „Streitgenossenschaft, notwendige".

Berufungsinstanz; bezieht sich § 538 Abs. 1 Nr. 3 C.P.O. auch auf neu in der B. erhobene Ansprüche? 42
— darf das Berufungsgericht, wenn in erster Instanz die Entscheidung über einen Klagantrag von einem Eide abhängig gemacht ist, und nur Berufung des Klägers vorliegt, von Amts wegen einen Teil jenes Klagantrages abweisen? 381

Beschränkungen des Eigentumsrechtes.
S. „Kohlenabbaugerechtigkeit".

Beschwerde; B. gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte „in betreff der Prozeßkosten" . . . 386
S. „Auseinandersetzungssachen".

Beschwerdegegenstand.
S. „Revision".

Beschwerdesumme.
S. „Beschwerde".

Besitzerwerb.
S. „Constitutum possessorium".

Beweisaufnahme.
S. „Sicherung des Beweises".

Beweislast.
S. „Bereicherungsklage"; „Hypothekenforderung".

Binnenschiffahrt; wann beginnt nach § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes die Verjährung des Anspruches gegen den Frachtführer wegen Verlustes des Gutes, wenn ein bestimmter Tag der Ablieferung nicht vereinbart war? . . 92

Börsenregister; Rückforderungsrecht des im B. nicht eingetragenen Kommittenten bezüglich der dem Kommissionär gezahlten und von diesem an seinen Kontrahenten gezahlten Vorschüsse auf Börsentermingeschäfte 59
— ist ein Börsentermingeschäft als Anschaffungsgeschäft zu verstempeln, wenn die Kontrahen im B. nicht eingetragen sind? 111

Börsentermingeschäfte; Rückforderungsrecht des nicht im Börsenregister eingetragenen Kommittenten bezüglich der dem Kommissionär gezahlten und von diesem an seinen Kontrahenten abgeführten Vorschüsse . . . 59
— ist ein B. als Anschaffungsgeschäft zu verstempeln, wenn die Kontrahenten im Börsenregister nicht eingetragen sind? . 111

C

Civilversorgung.
S. „Militäranwärter".

Constitutum possessorium; Voraussetzungen eines zur Erlangung

des mittelbaren Besitzes im Sinne der §§ 868. 930 B.G.B. „ähnlichen Verhältnisses“ . . 170

D

Defloration sklage; ist nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für vorher erfolgte Defloration die D. noch zulässig? (Gem. R.) . . 204

— ist Schwängerung Voraussetzung der D. (Gem. R.) . . 207

— Klagegrund und Präsumtion zu Gunsten der Verführung. (Gem. R.) 207

Delikt.
S. „Unrechte That“.

Differenzgeschäfte; ist ein Vergleich, durch den die Parteien den Streit darüber schlichten, ob die unter ihnen geschlossenen Verträge gültige Kauf- oder Kommissionsgeschäfte, oder aber D. darstellen, deswegen unwirksam, weil es sich in Wahrheit um D. handelte? . 192

E

Ehebruch; Begriff des Mitschuldigen in § 33 Nr. 5 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 83

Ehegatten; Rechtswirkung eines vor 1900 unter Herrschaft des französischen Rechtes geschlossenen Ehevertrags, durch den ein E. in erbrechtlicher Beziehung den Kindern aus einer früheren Ehe gleichgestellt wird, gegenüber den Vorschriften der §§ 1931. 2303. 2307 B.G.B. 44
S. „Einstweilige Verfügung“.

Ehehindernis des Ehebruchs; Begriff des Mitschuldigen im § 33 Nr. 5 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 . . 83

Ehesachen; kann in E. eine Partei, die selbständige Berufung eingelegt hat, nachdem über diese durch Teilurteil sachlich entschieden ist, sich behufs der Erhebung einer Widerklage noch der Berufung des Gegners wirksam anschließen? 396
S. „Einstweilige Verfügung“.

Ehescheidung; Berücksichtigung verziehener Mißhandlungen bei einer auf § 1568 B.G.B. gestützten Ehescheidungsklage . . . 37

— nach welchem Recht sind die Unterhaltsansprüche des Kindes zu beurteilen, wenn die E. der Eltern vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war? . . 155

— unter welchen Voraussetzungen ist im Urteile auszusprechen, daß ein Ehegatte die Schuld an der E. trägt? 167

Ehescheidungsverfahren; kann, wenn unter den Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft des Code civil besteht, die Ehefrau von dem Ehemanne im E. die Zahlung eines Kostenvorschusses verlangen? 327

Ehevertrag; Rechtswirkung eines vor 1900 unter Herrschaft des französischen Rechtes geschlossenen E.'s, durch den der Ehemann in erbrechtlicher Hinsicht den Kindern aus einer früheren Ehe gleich-

gestellt wird, gegenüber den Vorschriften der §§ 1931. 2303. 2307 B.G.B. 44

Eid.
S. „Berufungsinstanz"; „Beschwerde".

Eigentumserwerb. S. „Constitutum possessorium".

Eigentumsübertragung; E. einer bei dem Spediteur lagernden Ware durch Abtretung des Herausgabeanspruchs 99

— kann, wenn in vorstehender Weise E. von dem Verkäufer an den Käufer und von diesem an einen Dritten stattgefunden hat, dem Anspruche des Dritten auf Herausgabe der Einwand entgegengesetzt werden, der Käufer habe den Erwerb durch Vorspiegelung von Kreditwürdigkeit bewirkt? 100

Einbruchsdiebstahl.
S. „Versicherung".

Einrede der örtlichen Unzuständigkeit; ist, wenn gegen eine offene Handelsgesellschaft die Klage bei dem zuständigen Gericht erhoben ist, und nach Auflösung der Gesellschaft der Kläger einen der Gesellschafter zur Fortsetzung des Verfahrens hat laden lassen, dieser berechtigt, indem er seine Verpflichtung zur Uebernahme der Parteistellung bestreitet, aus seiner Person die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit vorzuschützen? 419

Einstweilige Verfügung; ist in den Fällen des § 627 C.P.O. für die Frage, ob eine das Getrenntleben der Ehegatten gestattende e. V zu erlassen sei, § 940 C.P.O. oder lediglich § 1353 Abs. 2 B.G.B. maßgebend? . . 368

Enteignung; befreit die Hinterlegung der vorläufig festgestellten Entschädigungssumme den Unternehmer von der (vereinbarten) Pflicht zur Verzinsung derselben überhaupt, oder wenigstens nach erfolgter Dringlichkeitserklärung? (Preuß. R.) 257

— findet § 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 auch dann Anwendung, wenn die E. erst erfolgt, nachdem die Anlage bereits im wesentlichen fertiggestellt ist? (Preuß. R.). . . 317

Entschädigung.
S. „Entwässerungsgebühren".

Entwässerungsgebühren; rechtliche Natur. Ist für ihre Auferlegung denjenigen Grundeigentümern Entschädigung zu leisten, mit deren Rechtsvorgängern vorher ein entgeltlicher Vertrag über die Benutzung der Entwässerungsanlage geschlossen war? Rechtsweg (Preuß. R.) . . 219

Erbanteil.
S. „Pfändung."

Erben; gilt mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils eine Willenserklärung auch dann als abgegeben, wenn der Beklagte dazu nur unter dem Vorbehalte seiner beschränkten Erbenhaftung verurteilt ist? 415

Erbrecht.
S. „Pfändung".

Erbteil.
S. „Pfändung".

Erfüllungsort für die Verpflichtung

des Käufers zur Abnahme bei Gattungskäufen? . . . 72
S. Gerichtsstand des E.s.

Erfüllungsverzug; hört der E. durch Arrestpfändung der Forderung auf? (Gem. R.) 201

Errungenschaftsgemeinschaft.
S. „Ehescheidungsverfahren".

Ersitzung; ist die Ersitzbarkeit des Rechts, Bäume auf einem in fremdem Eigentum stehenden Wege zu pflanzen und zu nutzen, durch die Gemeinheitsteilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821 ausgeschlossen? (Preuß. R.)? 311

— ist nach dem Rechte des Code civil eine Erlöschung des Nießbrauchs von Grundstücken durch zehnjährige Ersitzung anzuerkennen? 331

F

Fabrikkrankenkassen; darf § 67a des Krankenversicherungsgesetzes (Fassung v. 10. April 1892) angewendet werden auf F., die von Anfang an für die Betriebe verschiedener Unternehmer errichtet waren? 16

Fernsprecher.
S. „Mieter".

Feststellungsklage; Zulässigkeit der F. in betreff der Verpflichtung des Vaters, seiner Tochter im Falle der Verheiratung eine Aussteuer zu gewähren . 370

Finderrecht.
S. „Bergrecht".

Fischereiberechtigung; sind die Gemeinden entschädigungsberechtigt, wenn die ihnen durch § 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 verliehene F. durch eine im öffentlichen Interesse hergestellte Anlage beseitigt oder beeinträchtigt wird? (Preuß. R.) 241

— zur Auslegung der §§ 6. 7 des Fischereigesetzes v. 30. Mai 1874 247

Flüsse, öffentliche. Inwieweit ist der Oberpräsident zur Entscheidung über die Schiffbarkeit zuständig? (Preuß. R.) . 319

Forderungspfändung; kann der Gläubiger, dessen Forderung gepfändet und dem Pfändungsgläubiger zur Einziehung überwiesen ist, gegen seinen Schuldner auf Zahlung an den letzteren klagen? (Gem. R.) . . 203

Forderungsrecht; begeht ein Dritter, der dem Schuldner durch seine Mitwirkung eine Verletzung des ihm bekannten F.'s ermöglicht, dadurch gegen den Gläubiger eine unrechte That nach Bad. L.R S. 1382 (Art. 1382 Code civil)? 332

Frachtführer.
S. „Binnenschiffahrt".

Fundpunkt.
S. „Bergrecht".

G

Gattungskäufe.
S. „Erfüllungsort".

Gegenforderung.
S. „Vorabentscheidung".

Gemeinden.
S. „Fischereiberechtigung".

Genossenschaft; Rückgängigmachung der von einem Genossen schriftlich geschehenen Kündigung der Mitgliedschaft 29

Genußscheine.
S. „Aktiengesellschaft".

Gerichtlicher Vergleich; ist ein g. V., den die als Prozeßbevollmächtigte aufgetretenen Anwälte vereinbart haben, auch für die Partei bindend, welche nur mündlich Vollmacht erteilt hat? 345

Gerichtsstand.
S. „Einrede der örtlichen Unzuständigkeit".

Gerichtsstand des Erfüllungsortes; kann dadurch allein, daß der Kläger die Erfüllung an einem bestimmten Orte verlangt, der Gerichtsstand des § 29 C.P.O. begründet werden? . . . 72
— ist für die Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises, welche auf Anfechtung wegen Irrtumes oder arglistiger Täuschung gegründet wird, das Gericht des Wohnsitzes des Käufers, wo sich die Ware befindet, oder das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers zuständig? Was ist in solchem Falle die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 C.P.O.? 421

Gerichtsvollzieher; hat der G. die Zwangsvollstreckung einzustellen, wenn ihm ein Postschein über einen Betrag vorgelegt wird, der die im Zwangsvollstreckungstitel bezeichnete Forderung, aber nicht die Vollstreckungskosten, insbesondere nicht seine Gebühren und Auslagen deckt? . . . 398

Geschmacksmuster; ist die Nachbildung eines von einem Anderen in gepunztem Leder ausgeführten Gegenstandes mittels geprägter Pappe des Gebrauchsmusterschutzes fähig? 179
— Erfordernisse der Niederlegung des G.'s bei der Registerbehörde 181

Gesellschaft mit beschränkter Haftung; hat der Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, ein klagbares Recht auf Anerkennung der von ihm aufgestellten Bilanz und ist er berechtigt, bei Feststellung dieser Bilanz mitzustimmen? 141
— ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gültig, daß bei Stimmengleichheit der Rechtskonsulent der Gesellschaft den Stichentscheid geben soll? . . 145
— ist die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gültig, daß bei Veräußerung eines Geschäftsanteiles an einen Nichtgesellschafter den übrigen Gesellschaftern das Vorkaufsrecht zu dem Nominalbetrage der Stammeinlage des Veräußernden zustehen soll? 146
— haben die Gesellschafter ein unbeschränktes Recht auf Vorlegung und Einsicht der Geschäftsbücher Beilagen und Belege? . 146

Getrenntleben.
S. „Einstweilige Verfügung".

Grundbuchblatt.
S. „Kohlenabbaugerechtigkeit".

Grundgerechtigkeit; kommt stets eine G. zur Entstehung, wenn von zwei benachbarten Grund-

stücken desselben Eigentümers, deren eines in einem Verhältnisse thatsächlichen Dienens zum anderen steht, das erstere im Wege der Zwangsversteigerung verkauft wird? (Preuß. R.) . . 236

Gewerbetrieb, auf dessen Einstellung nach § 26 Gewerberordnung nicht geklagt werden kann . . 89

Gewerbeordnung; inwiefern sind die Vorschriften der Landesgesetze über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Gerichte durch die G. geändert? 66

— was versteht § 7 Nr 6 G. unter „Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden", und unter den „an den Staat und die Gemeinde zu entrichtenden Gewerbesteuern"? 70
S. „Stauanlagen"; „Gewerbebetrieb".

Gewerbesteuern.
S. „Gewerbeordnung".

Gewerkschaft; ist die Rechts- und Erwerbsfähigkeit der Gewerkschaft auf den Betrieb des verliehenen Bergwerkes beschränkt? (Preuß. R.) 292

— ist es einer G., deren verliehenes Bergwerk nicht mehr betrieben wird, verwehrt, auf nicht verleihbare Mineralien, insbesondere in der Provinz Hannover auf Kalisalze, aus dem Rechte des Grundeigentümers Bergbau zu treiben? (Preuß. R.) . 292

— kann eine G. die auf Grund eines Gewerkschaftsbeschlusses erforderte Zubuße aus dem Grunde verweigern, daß dieselbe zu einem nicht zum Betriebe des verliehenen Bergwerkes gehörigen Unternehmen bestimmt ist? (Preuß. R.) 298

H

Haldenaufschüttungen.
S. „Bergrecht".

Handelskauf; findet § 377 H.G.B. auch bei einem einseitigen H. Anwendung? 157

Hannover.
S. „Gewerkschaft".

Herausgabeanspruch; Eigentumsübertragung durch Abtretung des H.'s. 99
S. „Eigentumsübertragung".

Hinterlegung; durch welche Art von H. kann sich der Schuldner befreien? (Gem. R.) . . 201
S. „Zwangsvollstreckung".

Hypothek; Umwandlung der Kautions-H. des bisherigen preuß. Rechts in eine Maximal-H. des § 1190 B.G.B. gemäß Art. 192 Einf.-Ges. z. B.G.B.? . 164

Hypothekenforderung; wodurch wird die Vermutung für das Bestehen der H. entkräftet und der Gläubiger beweispflichtig? 6

Hypothekengläubiger; trifft der Bereicherungsklage gegenüber den befriedigten H. die Beweislast für das Bestehen eines anderen Schuldgrundes als des eingetragenen? (Preuß. R.) . 300

I

Interimsschein; Begriffsmerkmale im Gegensatz zur Aktie? . 22

Irrtum.
S. „Gerichtsstand des Erfüllungsortes".

K

Kalisalze.
S. „Gewerkschaft".

Kanalisationsgebühren.
S. „Entwässerungsgebühren".

Kauf; findet § 377 H.G.B. auch bei einem einseitigen Handelskauf Anwendung? . . . 157
S. „Stempelsteuer".

Kautionshypothek.
S. „Hypothek".

Kinder.
S. „Unterhalt".

Klage; Heilung der mangelhaft erhobenen, in der mündlichen Verhandlung ergänzten oder berichtigten K. durch unterlassene Rüge. Anwendung auf den Fall der Bezeichnung eines andern Beklagten? . . . 376

Kohlenabbaugerechtigkeit; welche Wirkungen treten gegen den Erwerber einer K. ein, wenn auf dem für sie angelegten Grundbuchblatte der vertragsmäßige Tonnenzins eingetragen ist? (Preuß. R.) 208
— ist der vertragsmäßige Tonnenzins als „Beschränkung des Eigentumsrechts" im Sinne von § 11 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 anzusehen? (Preuß. R.) 212

Kombinationszeichen.
S. „Warenzeichen".

Kommissionsgeschäfte.
S. „Börsenregister".

Konkurs; steht der K.-masse wegen Verwendungen, die der Gemeinschuldner auf das gekaufte, ihm unter Vorbehalt des Eigentums überlieferte Grundstück gemacht hat, gegen den Verkäufer, dem die Kaufsache vom Konkursverwalter unter Ablehnung der Vertragserfüllung zurückgegeben ist, die Ersatzklage zu, obgleich der Wert des Grundstückes mit Verwendungen den Betrag der dem Verkäufer aus dem Kaufvertrage zustehenden Forderungen nicht übersteigt? — Wird die Vertragsstrafe bei Ablehnung der Erfüllung verwirkt, auch wenn sie als wirkliche Strafe erscheint? 189

Konkursverwalter.
S. „Konkurs"; „Notar".

Konventionalstrafe.
S. Vertragsstrafe.

Konzession.
S. „Stempelsteuer".

Kosten.
S. „Beschwerde"; „Prozeßkosten".

Kostenvorschuß.
S. „Ehescheidungsverfahren".

Krankenversicherung.
S. „Fabrikkrankenkasse".

L

Landesgesetze.
S. „Gewerbeordnung".

Lebensversicherung.
S. „Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit".

M

Mängelrüge.
S. „Handelskauf".

Mieter; ist der M. einer Wohnung oder einer zum Gewerbebetrieb dienenden Räumlichkeit befugt, von dem Vermieter Gestattung des Anschlusses an den Fernsprechverkehr zu verlangen? (Preuß. R.) 306

Mietvertrag; Bleibt ein M. bestehen, wenn der Miether und dessen Ehefrau später das gemietete Grundstück erwerben? (Preuß. R.) 285

Miete.
S. „Pfandrecht".

Militäranwärter; ist der Rechtsweg zulässig für Ansprüche eines im Reichsdienste angestellten M.'s, darauf gegründet, daß dieser früher als geschehen eine höhere Stelle hätte erhalten sollen? 1
— steht nach den vom Bundesrate am 7. und 21. März 1882 beschlossenen Grundsätzen, insbesondere nach § 21, dem zu einem Dienstzweige einberufenen M. unter allen Umständen mindestens das Diensteinkommen der untersten etatsmäßigen Stelle zu? 3

Mißhandlungen.
S. „Ehescheidung".

Musterschutz.
S. „Geschmacksmuster".

Muter.
S. „Bergrecht".

Mutung.
S. „Bergrecht".

N

Nießbrauch; ist nach dem Rechte des Code civil eine Erlöschung des N.'s an Grundstücken durch zehnjährige Ersitzung anzuerkennen? 331

Notar; Verantwortlichkeit des N.'s für sein Bureaupersonal. Haftung des Bureaupersonals. 26
— ist der als Konkursverwalter fungierende N. rechtlich verhindert, Vertragsanträge, welche ein Dritter der Konkursmasse macht, notariell zu beurkunden? 127
— gilt ein so beurkundetes Vertragsangebot ohne weiteres als dem Konkursverwalter zugegangen? 127
— haftet der N. als Beamter nach Maßgabe der §§ 88 flg. preuß. A.L.R. II 10 für ein Versehen bei Abfassung einer von ihm privatschriftlich entworfenen und demnächst notariell beglaubigten Urkunde dem durch das Versehen Geschädigten? 269

O

Oberpräsident; inwieweit ist der O. zur Entscheidung über die Schiffbarkeit öffentlicher Flüsse zuständig? (Preuß. R.) 319

Offene Handelsgesellschaft; kann der im Laufe des Prozesses einer o. H. aus dieser ausgeschiedene Teilhaber als Zeuge vernommen werden, wenn die Gesellschaft fortbesteht? 425
S. „Einrede der örtlichen Unzuständigkeit"; „Rechtshängigkeit".

Öffentliche Flüsse.
S. „Flüsse".

Örtliches Recht.
S. „Zusammenstoß von Schiffen".

P

Pacht.
S. „Pfandrecht".

Patentverletzung; hat das die Unterlassung von Eingriffen in ein Patentrecht anordnende Urteil Rechtskraft für den Anspruch auf Entschädigung? 33

Pfandrecht; finden die § 561 Abs. 2, § 581 Abs. 2 B.G.B. auf die vor 1900 entstandenen P. des Vermieters und Verpächters Anwendung? 56

Pfändung; hört der Erfüllungsverzug durch Arrestpfändung der Forderung auf? (Gem. R.) 201
S. „Forderungspfändung".
— bedurfte es zur Wirksamkeit der P. eines vor 1900 im Gebiete des preuß. A.L.R.'s angefallenen Erbteils der Zustellung eines Verbotes gemäß § 730 C.P.O. a. F. an die Miterben des Schuldners als Drittschuldner? . . 405
— macht es einen Unterschied, ob als Gegenstand der P. das Erbrecht, der Erbteil oder der Anspruch des Schuldners auf Teilung bezeichnet ist? . 408

Privatflüsse; Umfang des Rechtes des Gegenüberliegers auf Zurückleitung nach § 13 Nr. 2 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 (Preuß. R.) 87
S. „Stauanlagen"; „Gewerbebetrieb".

Privatzeugnisse; haben schriftliche P. im Urkundenprozesse Beweiskraft? 374

Prozeß.
S. „Ruhen des Prozesses".

Prozeßkosten; Erläuterung der Worte „in betreff der P." in § 567 Abs. 2 C.P.O. . . 386

Prozeßvollmacht; ermächtigt die P. dem Gegner gegenüber zur Abgabe und Entgegennahme einer Anfechtungserklärung nach § 143 B.G.B.? 392
S. „Gerichtlicher Vergleich".

R

Rechtshängigkeit; begründet ein Rechtsstreit über eine Schuld der offenen Handelsgesellschaft für den wegen derselben Schuld belangten einzelnen Gesellschafter die Einrede der R.? . . 340
— Einrede der R. auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreites 344

Rechtskraft; Einrede der R., der Defloration sklage gegenüber entnommen aus rechtskräftiger Abweisung der Verlöbnisklage (Gem. R.) 204
S. „Patentverletzung".

Rechtsweg.
S. „Entwässerungsgebühren"; „Militäranwärter".

Reformatio in pejus.
S. „Berufungsinstanz".

Relative Rechtskraft.
S. „Berufungsinstanz".

Reichsbeamte.
S. „Militäranwärter".

Reichsgericht.
S. „Auseinandersetzungssachen".

Reichsstempel; ist ein Börsentermingeschäft als Anschaffungsgeschäft

zu verstempeln, wenn die Kontrahenten im Börsenregister nicht eingetragen sind? . . . 111

Retentionsrecht.
S. „Zurückbehaltungsrecht".

Revision; ist dem Reichsgericht die Prüfung der Frage entzogen, ob eine Anfechtungserklärung nach § 121 B.G.B. unverzüglich erfolgt sei? 394

— Berechnung der Revisionssumme, wenn das Berufungsgericht zwei Urteile über zwei ursprünglich verbundene Sachen erlassen, die Trennung aber erst nach einheitlicher und geschlossener mündlicher Verhandlung angeordnet hat 401

— Berechnung des Beschwerdegegenstandes bei R. gegen ein Teilurteil, wenn die Klage sowohl wie die Aufrechnungseinrede einen Gegenstand von mehr als 1500 Mark betraf, durch das Teilurteil aber, indem die Aufrechnungseinrede für unbegründet erachtet wurde, der Beklagte im Hinblick auf eine andere, nicht spruchreife Einrede nur zur Zahlung von weniger als 1500 Mark verurteilt ist . . 403
S. „Auseinandersetzungssachen"; „Streitgenossenschaft, notwendige".

Richter; können R. wider ihren Willen auch an eine andere, nichtrichterliche Stelle versetzt werden? 112

— steht Art. 63 des Großherzoglich hessischen Gesetzes vom 31. Mai 1879 mit § 8 G.V.G. in Widerspruch? 112

— darf der R. dem Urteile eine Thatsache zu Grunde legen, über welche die Parteien nicht gehört sind? 347
S. „Gehör der Parteien".

Rücktritt; ist die Wirksamkeit des gemäß §§ 327. 349 B.G.B. erklärten R.'s davon abhängig, daß zugleich Rückgabe des Empfangenen gemäß § 294 angeboten wird? 39

— Anwendbarkeit des § 326 B.G.B., wenn die Leistung des säumigen Teiles vorgängiger Berechnung bedarf 41
S. „Werkvertrag".

Ruhen des Prozesses; prozeßrechtliche Wirkung einer Parteivereinbarung über das R. d. P. 349

— ist auf die Entscheidung über einen das Bestehen oder den Inhalt solcher Vereinbarung betreffenden Streit § 252 C.P.O. anwendbar? 352

S

Sachverständige.
S. „Sicherung des Beweises".

Schadensersatz; Umfang des Sch.'s, wenn durch arglistische Täuschung der Abschluß eines Vertrages gerade dieses Inhaltes herbeigeführt ist? 52
S. „Vorläufige Vollstreckbarkeit".

Schadensersatzpflicht.
S. „Unrechte That".

Schankwirtschafts-Konzession.
S. „Stempelsteuer, preuß.".

Schiedsspruch; darf über die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches entschieden werden, ohne daß die erfolgte Niederlegung festgestellt ist? 409

Schiedsvertrag; darf über die Replik, daß der Sch. infolge Weigerung oder begründeter Ablehnung des Schiedsrichters erloschen sei, das Gehör deshalb versagt werden, weil der Kläger es unterlassen habe, Entscheidung über das Erlöschen im Beschlußverfahren des § 1045 C.P.O. herbeizuführen? . . . 353

— unterliegt die Einrede des Sch.'s der Beschränkung des § 528 Abs. 1 Satz 1 C.P.O. auch dann, wenn das Verfahren erster Instanz schon vor dem 1. Januar 1900 beendigt worden ist? . . 429

Schiffbarkeit.
S. „Flüsse, öffentliche".

Schiffe.
S. „Zusammenstoß von Schiffen".

Schiffer; ist der S. verpflichtet, die Verwiegung der seewärts angebrachten Ladung auf dem Schiffe bei Übergabe der Ladung an Leichter zu dulden? . . 102

Schiffsladung; ist der Empfänger einer seewärts angebrachten S. berechtigt, von dem Schiffer zu verlangen, daß die Ladung bei der Übergabe an Leichter an Bord des Seeschiffes verwogen werde? 102

Schwängerung.
S. „Defloration sklage".

Selbstmordklausel.
S. „Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit".

Seefrachtvertrag.
S. „Schiffsladung;" „Schiffer".

Seerecht.
S. „Schiffsladung;" „Schiffer".

Sicherung des Beweises; hat die auf Antrag des Käufers gemäß § 488 Abs. 1 C.P.O. vorgenommene Vernehmung von Sachverständigen Einfluß auf die in Abs. 2 das. eingeräumte Befugnis? — Muß in solchem Falle das Gericht die ihm nach § 487 Nr. 3 C.P.O. benannten Sachverständigen vernehmen? . 388

Statutenkollision.
S. „Zusammenstoß von Schiffen".

Stauanlagen; Begriff der nach § 16 Gew.-O. konzessionspflichtigen St. für Wassertriebwerke 88

Stempelsteuer, preußische; findet § 3 Abs. 2 Stempelst.-Ges. auch auf sog. uneigentliche Bedingungen Anwendung? 223

— zur Auslegung des § 2 Stempelst.-Ges.; sind die im Auslande ausgestellten amtlichen und notariellen Zeugnisse in Privatsachen nach Tarifstelle 77 stempelpflichtig, wenn zu der Ausstellung Geschäfte, die im Inlande zu erfüllen sind, Veranlassung gegeben haben? 226

— sind Verlagsverträge nach Tarifstelle 71 Nr. 2 oder nach 32 lit. c des Stempelsteuergesetzes zu versteuern? 278

— Umfang der Stempelbefreiung bei der amtlichen Beglaubigung von Unterschriften unter Urkunden, deren Inhalt eine Eintragung in das Grundbuch betrifft . 299

— Begriff des „Verbrauchs" in der Befreiungsvorschrift unter 3 zu Tarifstelle 32 des Stempelsteuergesetzes 303

— ist von der besonderen Ver-

gütung, welche in einem Kaufvertrage über ein Schankwirtschafts-Grundstück für den Verzicht des Verkäufers auf die Wirtschafts-Konzession festgesetzt ist, der Kaufstempel nach Tarifstelle 32a des Stempelsteuergesetzes geschuldet? . . . 321

Streitgenossenschaft, notwendige; Förmlichkeiten der Rechtsmittels, wenn die Urteilungszustellungen zwischen dem Rechtsmittelkläger und seinen einzelnen Gegnern zu verschiedenen Zeiten stattgefunden haben? 427

Streitiger Anspruch.
S. „Abtretung".

T

Täuschung, arglistige; Umfang des Schadensersatzes, wenn durch a. T. der Abschluß eines Vertrags gerade dieses Inhalts herbeigeführt ist? 52

Telephon.
S. „Mieter".

Teilungsanspruch.
S. „Pfändung".

Teilurteil.
S. „Revision".

Tochter.
S. „Aussteuer".

Tonnenzins.
S. „Kohlenabbaugerechtigkeit"; „Bergrecht".

Trennung von Prozessen; darf nach Erlaß eines Beschlusses, durch den die Verhandlung der Klage und einer zur Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung in getrennten Prozessen angeordnet ist, über den Grund der Gegenforderung vorab erkannt werden? 338

Trennung von Prozessen.
Kann das Gericht die T. verbundener Prozesse anordnen, nachdem einheitliche mündliche Verhandlung stattgefunden hat und abgeschlossen ist? Berechnung der Revisionssumme, wenn in solchem Falle zwei besondere Urteile erlassen sind? . . 401

U

Unlauterer Wettbewerb; beginnt nach § 11 Abs. 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 bei jeder wiederholten Zuwiderhandlung gegen § 1 der Lauf einer neuen, besonderen Verjährung des Unterlassungsanspruchs? . . . 20
— erwirbt durch wiederholte Zuwiderhandlung gegen § 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 der Thäter mit dem Ablaufe der Verjährungsfrist ein Recht auf ferneres gleiches Thun? 22

Unrechte That; begeht ein Dritter, der dem Schuldner durch seine Mitwirkung eine Verletzung des ihm bekannten Forderungsrechts ermöglicht, dadurch gegen den Gläubiger eine unrechte That nach Bad. L.R.S. 1382 (Art. 1382 Code civil)? . . 332

Unterhalt; nach welchem Recht sind die Ansprüche des Kindes auf U. zu beurteilen, wenn die Ehe der Eltern vor dem 1. Januar 1900 geschieden war? 155

Unterschriften; Beglaubigung von U. S. „Stempelsteuer, preuß."
Unzuständigkeit.
S. „Einrede der örtlichen Unzuständigkeit".
Urkundenprozeß; Zwangsvollstreckung aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenen Urteile? . . . 162
— haben schriftliche Privatzeugnisse von U. Beweiskraft? 374
Urteil;
S. „Rechtskraft"; „Vorläufige Vollstreckbarkeit".

V

Vater.
S. „Aussteuer".
Veräußerer; Recht des V.'s, gemäß § 487 Nr. 3. C.P.O. die Vernehmung von Sachverständigen zu verlangen, nachdem schon auf Antrag des Erwerbers Sachverständige verhört sind. 388
Verbrauch im Sinne der Befreiungsvorschrift unter 3 zu Tarifstelle 32 des preuß. Stempelst.-Ges. vom 31. Juli 1895. 303
Vereine; Klage eines aus dem V. ausgeschlossenen Mitglieds auf Aufhebung dieses Beschlusses? 150
— steht dem Richter eine sachliche Nachprüfung zu, ob ein triftiger Grund zur Ausschließung vorgelegen hat? 154
Verführung.
S. „Defloration sklage".
Vergleich.
S. „Gerichtlicher Vergleich"; „Differenzgeschäfte".
Verjährung.
S. „Unlauterer Wettbewerb"; „Binnenschiffahrt"; „Ersitzung".
Verkehrssitte; was ist zur Anwendung des § 157 B.G.B. erforderlich? Genügt zur Feststellung einer V. der Hinweis auf handelsrechtliche Normen? 162
Verlagsrecht; Tragweite eines nach Staatsgebieten unter Verlegern geteilten V.'s. Änderung der Grenzen? 174
Verlagsverträge.
S. „Stempelsteuer, preuß."
Verlöbnisklage.
S. „Rechtskraft".
Verlust des Gutes.
S. „Binnenschiffahrt".
Vermieter.
S. „Pfandrecht".
Vermutung; wodurch wird die V. für das Bestehen einer Hypothekenforderung entkräftigt? . . 6
Verpächter.
S. „Pfandrecht".
Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl; Bedeutung und Wirkung einer Klausel der Polize, durch welche die Gültigkeit der Versicherung davon abhängig gemacht wird, daß der Versicherte gewisse Sicherungsmaßregeln beobachtet. 290
Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit; kommt der Beschluß des Verwaltungsrates, durch den die allgemeinen Bedingungen der Lebensversicherung dahin geändert werden, daß die Versicherungssumme auch im Falle des Selbstmordes gezahlt werden soll, auch denjenigen zustatten, welche ihr

Recht aus einem vor diesem Beschlusse geschlossenen Versicherungsvertrage herleiten? . 195

Verteilungsverfahren.
S. „Zwangsvollstreckung".

Vertrag; kommt ein bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile gerichtlich oder notariell beurkundeter V. auch dann mit der nach § 128 B.G.B. erfolgten Beurkundung zustande, wenn in dem Antrage ein Termin oder eine Frist für das Gebundensein gesetzt ist, und der Antragende bis zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis von der Annahme erhält? 127

Vertragsstrafe; wird die V. bei Ablehnung der Erfüllung seitens des Konkursverwalters verwirkt, auch wenn sie als wirkliche Strafe erscheint? 191

Verwendungen.
S. „Konkurs".

Verwiegung der Schiffsladung.
S. „Schiffsladung".

Verzeihung.
S. „Ehescheidung".

Verzug.
S. „Erfüllungsverzug".

Vindikationsanspruch.
S. „Herausgabeanspruch".

Vollstreckbarkeit, vorläufige.
S. „Vorläufige Vollstreckbarkeit".

Vorabentscheidung; darf nach Erlaß eines Beschlusses, durch den die Verhandlung der Klage und einer zur Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung in getrennten Prozessen angeordnet ist, über den Grund der Gegenforderung vorab erkannt werden? 338

Vorläufige Vollstreckbarkeit; Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 C.P.O. auf den nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Schaden, wenn infolge der v. V. des Urteiles die Beitreibung vor diesem Zeitpunkte erfolgt ist 64
— kann, wenn ein dem Kläger die Kosten zur Last legendes vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, der Kläger den ihm durch die Vollstreckung oder Abwehr derselben entstandenen Schaden im Wege des § 717 Abs. 2 C.P.O. geltend machen? . . . 411

Vormerkung.
S. „Arrestvormerkung".

W

Warenzeichen; Konkurrenz eines Wortzeichens mit einem aus dem gleichen Worte und einem Bilde bestehenden Kombinationszeichen. Anwendbarkeit des § 12 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 gegen den Inhaber des Kombinationszeichens. Schutz des Kombinationszeichens gegenüber dem Wortzeichen 52
— ist der Erwerber von Waren, die mit dem eingetragenen Wortzeichen von dem Berechtigten versehen und in den Verkehr gebracht worden sind, durch die Zeicheneintragung gehindert, dieselben unter Benennung mit dem eingetragenen Worte zum Verkaufe anzukündigen? . . 101

Wassertriebwerke.
S. „Stauanlagen"; „Gewerbebetrieb"; „Privatflüsse".

Wechsel; kann aus einem acceptierten, wegen nicht erfolgter Zahlung protestierten gezogenen Wechsel, wenn dieser nach Erhebung des Protestes abhanden gekommen ist, nach Kraftloserklärung des Wechsels auf Grund des Ausschlußurteiles Regreß gegen den Aussteller genommen werden? 132

Wechselprozeß; Zwangsvollstreckung aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenen Urteile 162

Wege.
S. „Ersitzung".

Werkvertrag; unter welchen Voraussetzungen darf der Besteller vor Fertigstellung des Werkes von dem Rücktrittsrechte des § 947 A.L.R. I. 11 Gebrauch machen? 287

Widerklage.
S. „Ehesachen".

Widerspruchsklage; Voraussetzungen der W., wenn ein Dritter behauptet, Inhaber der gepfändeten Forderung zu sein . 347

Willenserklärung; gilt mit Eintritt der Rechtskraft des Urteiles eine W. auch dann als abgegeben, wenn der Beklagte dazu nur unter dem Vorbehalte seiner beschränkten Erbenhaftung verurteilt ist? 415

Windmühle; Haftung des Bergwerksbesitzers für die Schädigung einer W. durch Windentziehung infolge von Haldenaufschüttungen? (Preuß. R.) 281

Wirtschafts-Konzession.
S. „Stempelsteuer".

Wortzeichen.
S. „Warenzeichen".

Z

Zeuge; kann der im Laufe des Prozesses einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedene Teilhaber als Z. vernommen werden, wenn die Gesellschaft fortbesteht? 425

Zeugnisse.
S. „Stempelsteuer, preuß."

Zubehör; wie muß der Besitz eines Dritten am sog. thatsächlichen Z. beschaffen sein, wenn er bewirken soll, daß letzteres von dem Zuschlage in der Zwangsversteigerung nicht mit ergriffen wird? (Preuß. R.) . . 257

Zurückbehaltungsrecht; welcher Zeitpunkt ist maßgebend für die zeitliche Anwendung der Normen über ein Z. wegen nicht konnexer Gegenforderungen? . . . 81

Zusammenstoß von Schiffen; nach welchem Rechte ist über die rechtlichen Folgen eines Z.'s zweier Schiffe verschiedener fremder Nationalität auf hoher See von deutschen Gerichten zu entscheiden, wenn die Seegesetze der Nationen, denen die Schiffe angehören, untereinander übereinstimmen? 182

Zuschlag.
S. „Grundgerechtigkeit"; „Zwangsversteigerung".

Zwangsversteigerung; wie muß der Besitz eines Dritten am sog. thatsächlichen Zubehör beschaffen sein, wenn er bewirken soll, daß letzteres vom Zuschlage nicht mit ergriffen wird? (Preuß. R.) . . 253
S. „Grundgerechtigkeit".

Zwangsversteigerung.
Z. aus einer Arrestvermerkung des bisherigen preuß. Rechtes nach dem neuen Reichsgesetze . 106
— Z. aus einem gemäß § 599 C.P.O. unter Vorbehalt ergangenem Urteile . . . 162
— welche Wirkung hat eine vom Schuldner wegen Konkurrenz von mehreren Cessionen mit Pfändung bewirkte Hinterlegung des ganzen ursprünglichen Schuldbetrages gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger? 357
— Eröffnung des Verteilungsverfahrens über den ganzen hinterlegten Betrag im vorbezeichneten Falle 361

Zwangsversteigerung.
Hat der Gerichtsvollzieher die Z. einzustellen, wenn ihm ein Postschein über einen Betrag vorgelegt wird, der zwar die im Vollstreckungstitel bezeichnete Forderung, aber nicht die Kosten, insbesondere nicht seine Gebühren und Auslagen deckt? . . 398

S. „Widerspruchsklage".

Zwischenurteil.
S. „Vorabentscheidung".

B. Gesetzesregister.

1. Reichsgesetze.

a. Bürgerliches Gesetzbuch.

§§ 25—53 . . 150
§§ 85—89 . . 150
§ 119 . 101. 422
§ 121 . . . 394
§ 123 . 101. 422
§ 128 . . . 130
§ 130 . . . 130
§ 133 . . . 47
§ 135 . . . 416
§ 137 . . . 416
§ 142 . . . 423
§ 143 101. 393. 423
§§ 151. 152 . 131
§ 157 . . . 161
§ 161 . . . 416
§ 184 . . . 416
§ 201 . . . 94
§ 252 . . . 52
§ 269 . . . 72
§ 273 . . 82. 424
§ 278 . . . 27
§§ 326. 327 . 40
§ 349 . . . 40
§ 433 . . . 72
§ 477 . . . 161
§ 561 . . . 56
§ 581 . . . 56
§ 675 . . . 27
§ 783 . . . 94
§ 809 . . . 106
§ 812 . . . 424
§§ 812—814 . 50
§ 831 . . . 28
§ 868 . . . 171
§ 891 . . . 6
§ 892 . . . 367
§ 894 . . . 166
§ 929 . . 99. 172
§ 930 . . . 171
§ 931 . . . 99
§ 933 . . . 172
§ 934 . . . 101
§ 985 . . . 100
§ 986 . . . 101
§ 1113 . . . 109
§ 1138 . . 6. 367
§ 1147 . . . 109
§ 1157 . . . 109
§ 1163 . . . 165
§ 1177 . . . 165
§ 1185 . . . 165
§ 1186 . . . 165
§ 1190 . . . 164
§ 1297 . . . 206
§ 1300 . . . 206
§ 1353 . . . 369
§§ 1398. 1399 . 416
§§ 1444—1446 416
§§ 1565—1568 168
§ 1565 . . . 37
§ 1573 . . . 37
§ 1574 . . . 168
§ 1601 . . . 156
§ 1620 . . . 370
§ 1623 . . . 372
§§ 1627 flg. . 156
§§ 1631. 1632 156
§§ 1684 flg. . 156
§§ 1793 flg. . 156
§ 1922 . . . 372
§ 1931 . . . 49
§ 1975 . . . 418
§ 2303 . . . 49
§ 2307 . . . 49

b. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Art. 169 . . 94
Art. 170 . 82. 206
Art. 171 . . 58
Art. 179 . . 109
Art. 184 . . 109
Art. 192 . 108. 164
Art. 206 . . 156
Artt. 213. 214 . 57

c. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Artt. 184 flg. . 77
Art. 207 . 25. 77
Art. 209 . . 77
Artt. 210. 211 . 24
Art. 213 . . 24
Art. 216 . . 15
Art. 219 . . 77
Art. 225d . . 77
Art. 244 . . 77
Art. 245d . . 77
Art. 249b . . 25
Art. 277 . . 160
Art. 305 . . 137
Art. 347 . . 160
Art. 386 . 93. 95
Art. 408 . 93. 95

d. Handelsgesetzbuch von 1897.

§ 129 . . . 344
§ 178 . . . 77
§ 179 . . . 25
§ 180 . . . 77
§§ 211. 212 . 77
§§ 218—221 . 77
§ 227 . . . 77
§ 288 . . . 77
§ 291 . . . 77
§ 345 . . . 160
§ 346 . . . 161
§ 377 . . . 159
§ 414 . . . 94
§ 439 . . . 94
§ 593 . . . 103
§ 606 . . . 105
§ 608 . . . 105
§ 620 . . . 104
§ 651 . . . 104
§ 655 . . . 104
§§ 901—905 . 94

e. Allgemeine Deutsche Wechselordnung.

Art. 39 . . . 134
Art. 54 . . . 134
Art. 66 . . . 135
Art. 73 . . . 134
Art. 81 . . . 134

f. Civilprozeßordnung von 1877.

§ 59 428
§ 514 . . . 429
§ 691 . . . 400
§ 697 . . . 400
§ 730 . . . 406
§ 865 . . . 409
§ 867 . . . 409

g. Civilprozeßordnung von 1898.

§ 29 . . . 72. 423
§ 62 428
§ 80 346
§ 81 . . 346. 399
§§ 88. 89 . . 346
§ 145 . . 340. 402
§ 150 . . . 402
§§ 251. 252 . 349
§ 253 . . . 377
§ 256 . . . 372
§ 259 . . . 372
§ 263 . . . 419
§ 265 . . . 365
§ 274 Abs. 2 Nr. 3 429
§ 295 . . . 377
§ 302 . . . 340
§ 303 . . . 339
§ 304 . . . 339
§ 322 . . . 35
§ 324 Nr. 5 . 344
§ 325 . . . 366
§ 393 Abs. 1 Nr. 4 426
§ 487 Nr. 2, 3 390
§ 488 . . . 390
§ 525 . . . 398
§ 528 . . . 429
§ 536 . . . 381
§ 538 Abs. 1 Nr. 3 42
§ 540 . . . 164
§ 546 . . 402. 403
§ 552 . . . 428
§ 567 . . . 387
§ 599 . . . 164
§ 614 . . . 398
§ 616 . . . 398
§ 617 . . . 168
§ 627 . . . 368
§ 717 . . 64. 411
§ 726 . . . 418
§ 754 . . . 407
§ 771 . . 347. 363
§ 780 . . . 417
§ 788 . . . 400
§ 853 . . . 359
§ 856 . . . 359
§ 857 . . . 406
§ 866 . . . 166
§ 872 . . . 361
§ 894 . . . 417
§ 940 . . . 368
§ 1003 . . . 134
§ 1004 . . . 134
§ 1005 . . . 140
§ 1017 . . . 134
§ 1018 . . . 132
§ 1033 . . . 357
§ 1039 . . . 409
§ 1041 . . . 409
§ 1045 . . . 354

h. Konkursordnung von 1898.
§ 55 Nr. 1 . . 190
§ 63 192

i. Gerichtsverfassungsgesetz.
§ 8 114
§ 137 . . . 277

k. Reichsverfassung.
Art. 2 . . . 117
Art. 4 Nr. 8 . 253

l. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
§ 168 . . . 129
§ 170 Nr. 1 . 129
§ 171 . . . 130

m. Gewerbeordnung.
§ 7 Nr. 6 . . 66
§ 9 69
§ 16 87
§ 26 . . . 87

n. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1873. 31. März. Reichsbeamtengesetz (R.G.Bl. S. 61).
— — § 149 2

1875. 6. Februar. Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung (R.-G.Bl. S. 23).
— — § 33 Nr. 5 . . 83

1876. 11. Januar. Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen (R.G.Bl. S. 11).
— — § 7 181

1882. 7. u. 21. März. Grundsätze für die Besetzung der Subalternen- und Unterbeamtenstellen bei den Reichs- und Staatsbehörden mit Militäranwärtern (Central-Bl. f. d. Deutsche Reich S. 123).
— — §§ 12—14 . . 4
— — § 21 5
— — § 24 6

1889. 1. Mai. Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (R.G.Bl. S. 55).
— — §§ 15. 67. 68. 70 . 32

1892. 10. April. Krankenversicherungsgesetz (R.G.Bl. S. 417).
1892. 10. April. §§ 23. 24 18
— — §§ 57a. 57b . . 17
— — § 64 18
— — § 67a 17
— — § 68 19
— — § 85 18

1892. 20. April. Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (R.G.Bl. S. 477).
— — § 15 149
— — § 42 144
— — § 46 147
— — § 47 144
— — § 48 145

1894. 27. April. Reichsstempelgesetz (R.G.Bl. S. 381).
— — Tarifstelle 1a . . 22
— — Tarifstelle 4 . . . 111

1894. 12. Mai. Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen (R.G.Bl. S. 441).
— — § 12 . . . . 54. 101
— — § 13 101
— — § 20 54

1895. 15. Juni. Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt (R.G.Bl. S. 301).
— — § 26 93
— — § 118 94

1896. 27. Mai. Gesetz zur Be-

kämpfung des unlauteren Wettbewerbes (R.G.Bl. S. 145).
1896. 27. Mai. §§ 1. 11 . 20
1896. 22. Juni. Börsengesetz (R.-G.Bl. S. 157).
— — § 48 . . . . 59. 111
— — § 66 . . . . 59. 111
— — § 68 59
1898. 20. Mai. Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (R.G.Bl. S. 810).
1898. 20. Mai. §§ 69. 70. 72 33
1898. 20. Mai (1897. 27. März). Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (R.G.Bl. S. 713).
— — § 55 Abs. 2 . . 256

2. Gemeines Recht.

a. Pandekten.

L. 16 Tit. 3 depos. l. 1 §§ 36. 37 202
„ 22 „ 1 de usur. l. 18 § 1 202
„ 26 „ 7 de adm. et peric. l. 28 § 1 . . . 203

b. Codex.

L. 4 Tit. 32 de usur. l. 19 203

c. Decretales Gregorii IX.

C. 2 X de adult. 5, 16 . 207

3. Französisches Recht.

a. Code civil.

Art. 212 329
Art. 268 329
Art. 270 329
Art. 298 84
Artt. 617. 618 332
Art. 1094 47
Art. 1156 47
Art. 1382 334
Art. 1409 Nr. 5 . . . 329
Art. 1419 329
Art. 1498 328
Art. 1665 332
Artt. 2264. 2265 . . . 332

b. Code de commerce.

Art. 154 135

4. Landesrecht.

Preußen.

a. Allgemeines Landrecht.

Einleitung § 75 252
Teil I Titel 11 § 183 . . 239
„ „ 11 § 186 . . 239
„ „ 11 § 187 . . 239
Teil I Titel 11 § 938 . . 288
„ „ 11 § 947 . . 287
„ „ 11 §§ 996. 997 279
„ „ 16 §§ 300. 301 339
„ „ 17 § 127 . . 428
„ „ 21 § 270 . . 307
„ „ 22 § 54 . . . 238
„ „ 22 § 243 . . 312

Teil II Titel 1 § 25 . . . 85
„ „ 1 § 937 . . 84
„ „ 2 §§ 64. 65 . 156
„ „ 2 § 103 . . 156
„ „ 2 § 252 . . 156
„ „ 6 § 44 . . . 154
„ „ 10 §§ 88 flg. . 271
„ „ 14 §§ 278. 279 220

b. Allgemeine Gerichtsordnung.

Teil III Titel 7 § 47 . . 273

c. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1808. 26. Dezember. Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden (G.S. 1806 bis 1810 S. 464).
— — §§ 36. 41 . . . 220
1821. 7. Juni. Gemeinheitsteilungsordnung (G.S. S. 53).
— — §§ 2. 128 . . . 311
1831. 4. Dezember. Allerhöchste Kabinetsorder, betr. die Grenzen zwischen landesherrlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen (G.S. S. 255) . . . 220
1843. 28. Februar. Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse (G.S. S. 41).
— — § 13 Nr. 2 . . . 87
1845. 11. Juli. Gesetz über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten (G.S. S. 487).
— — §§ 1. 21 273
1847. 26. Juli. Deklaration einiger Vorschriften des A.L.R.'s und der Gemeinheitsteilungsordnung ꝛc (G.S. S. 327).
— — § 1 Abs. 2 . . . 246
1850. 31. Januar. Verfassungsurkunde (G.S. S. 17).
— — Art. 87 124
1861. 24. Mai. Gesetz, betr. die Anlegung von Hypothekenfolien für Gerechtigkeiten zur Gewinnung von Stein- und Braunkohlen (G.S. S. 353).
— — §§ 9. 10 . . . 220
1865. 24. Juni. Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten (G.S. S. 705).
— — § 3 228
— — § 14 Abs. 1 Nr. 3 228
— — § 15 228
— — § 18 216
— — §§ 22. 23 . . . 217
— — §§ 24. 25 . . . 262
— — § 30 215
— — § 31 . . . 215. 216
— — § 96 294
— — § 102. 298
— — § 115. 298
— — § 120. 298
— — § 130. 298
— — § 148. 283
— — §§ 235a. 297
1867. 8. Mai. Verordnung, betr. die Einführung des Allgemeinen Berggesetzes in Hannover (G.S. S. 601) . 297
1872. 5. Mai. Gesetz über den Eigentumserwerb ꝛc der Grundstücke ꝛc (G.S. S. 433)
— — § 11 211
— — § 12 210
— — § 22 110
— — § 24 164
— — § 37 110
— — § 63—67 . . . 164
1872. 5. Mai. Grundbuchordnung (G.S. S. 446).
— — § 33 . . . 272. 277

1873. 9. April. Gesetz, betr. die Abänderung des § 235 Allgem. Berggef. (G.S. S. 181) 297
1874. 30. Mai. Fischereigesetz für den preußischen Staat (G.S. S. 197).
— — §§ 6. 7 271
— — § 32 251
1874. 11. Juni. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum (G.S. S. 221).
— — § 10 Abs. 2 . . . 317
— — §§ 32—34. 37 . 258
1879. 14. März. Hinterlegungsordnung (G.S. S. 249).
— — § 30 Nr. 3 . . . 363
1883. 13. Juli. Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (G.S. S. 131).
— — § 10 100
— — § 22 239
— — § 40 Nr. 9 . . . 256
— — § 60 239
1883. 30. Juli. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung (G.S. S. 195).
— — § 7 Abs. 2 . . . 221
1883. 1. August. Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und der Verwaltungsgerichtsbehörden (G.S. S. 237).
— — § 160 220
1883. 20. August. Gesetz, betr. die Befugnisse der Strombauverwaltung gegenüber den Uferbesitzern an öffentlichen Flüssen (G.S. S. 333).
— — § 1 319
1890. 15. Juli. Gesetz, enthaltend Bestimmungen über das Notariat ꝛc (G.S. S. 229).
1890. 15. Juli. § 8 Abs. 3 272
— — § 8 Abs. 5 . . . 274
— — § 9 274
— — § 13 Abs. 1 . . 271
— — § 14 Abss. 2. 3 . 271
1891. 3. Juli. Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie (G.S. S. 233).
— — § 69 Abs. 3. 246. 253
1893. 14. Juli. Kommunalabgabengesetz (G.S. S. 152).
— — § 21 221
1895. 25. Juni. Gebührenordnung für Notare (G.S. S. 256).
— — §§ 9—11. 17. 18. 29 275
1895. 14. Juli. Gesetz, betr. die Ausdehnung verschiedener Bestimmungen des Allgem. Berggesetzes auf den Stein- und Kalisalzbergbau in der Provinz Hannover (G.S. S. 295) . 298
1895. 31. Juli. Stempelsteuergesetz (G.S. S. 413).
— — § 2 226
— — § 3 Abs. 2 . . . 223
— — § 3 Abs. 3 . . . 312
— — Tarifstelle 32a . . 321
— — " 32c . . 278
— — " 32 Befreiungsvorschrift 3 303
" 46 . . 226
— — " 58 . . 312
— — " 71 Nr. 2 278. 312
— — " 77 226. 299

Baden.

Landrecht.

Satz 1382 334

Bayern.

1899. 9. Juni. Gesetz, Übergangsvorschriften zum B.G.B. betr. (Ges.- u. Verordn.-Bl. Beilage zum Landt.-Absch. S. 83).
— — Artt. 19—23 . . 328

Hamburg.

1899. 14. Juli. Hinterlegungsordnung (G.S. Abt. I S. 122).
— — § 41—43 . . . 203

1899. 29. Dezember. Gesetz, betr. die Ausführung des H.G.B.'s (G.S. Abt. I S. 236).
— — § 8 105

Hessen.

1879. 31. Mai. Gesetz, die Rechtsverhältnisse der Richter betr. (Reg.-Bl. S. 235).
— — Art. 63 116

1899. 22. Juli. Gesetz, die Ausführung des B.G.B.'s betr. (Reg.-Bl. S. 133).
— — Art. 155 47

Mecklenburg-Schwerin.

1899. 9. April. Verordnung zur Ausführung des B.G.B.'s (Reg.-Bl. S. 5).
— — § 264 47

Mecklenburg-Strelitz.

1899. 9. April. Verordnung zur Ausführung des B.G.B.'s (Off. Anzeiger S. 85).
— — § 261 47

Sachsen (Königreich).

1835. 28. Januar. Gesetz über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden (Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 55).
— — § 8 Nr. 2 67

Württemberg.

1874. 7. Oktober. Berggesetz für das Königreich Württemberg (Reg.-Bl. S. 265).
— — Artt. 3. 14 Abs. 1 Nr. 3. Art. 15 228

C. Chronologische Zusammenstellung der Entscheidungen.

		Seite
1901.	Urt. v. 3. April i. S. S. (Kl.) w. K. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 30/01	208
„	Urt. v. 12. April i. S. v. A. (Kl.) w. v. H. (Bekl.). Rep. VII. 51/01	338
„	Urt. v. 13. April i. S. Gl. Test.-Vollstr. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. I. 15/01	340
„	Urt. v. 13. April i. S. Schutzgemeinsch. der verein. Kaliwerke u. Gen. (Kl.) w. P. (Bekl.). Rep. V. 361/00	214
„	Urt. v. 24. April i. S. K. (Bekl.) w. Aktiengef. M. K. (Kl.). Rep. VII. 67/01	346
„	Urt. v. 24. April i. S. C. (Kl.) w. B. (Bekl.). Rep. VII. 68/01	347
„	Urt. v. 24. April i. S. R. u. M. (Kl.) w. Stadtgemeinde Stettin (Bekl.). Rep. VII. 87/01	219
„	Beschl. v. 30. April i. S. L. Ehefr. (Kl.) w. L. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 59/01	327
„	Urt. v. 3. Mai i. S. A. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 62/01	223
„	Beschl. v. 7. Mai i. S. Th. (Kl.) w. B. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 61/01	349
„	Urt. v. 7. Mai i. S. E. u. Gen. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. VII. 81/01	353
„	Urt. v. 7. Mai i. S. preuß. Steuerfiskus (Bekl.) w. Lebensversicherungsgesellschaft New-Yorker Germania (Kl.). Rep. VII. 114/01	226
„	Urt. v. 8. Mai i. S. W. (Kl., Bekl. u. Widerkl.) w. württemb. Landesfiskus u. Gen. (Bekl., Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 316/00	227

		Seite
1901.	Urt. v. 10. Mai i. S. W. (Bekl.) w. Kloster der h. B. (Kl.). Rep. VII. 58/01	236
„	Urt. v. 21. Mai i. S. Transatlantische F.-V.-G. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. II. 88/01	358
„	Urt. v. 24. Mai i. S. M. (Kl.) w. Reichseisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. II. 62/01	1
„	Urt. v. 24. Mai i. S. Reichsfiskus (Bekl.) w. Kirchspielgemeinde Albersdorf (Kl.). Rep. VII. 139/01	241
„	Urt. v. 8. Juni i. S. U. (Kl.). w. B. (Bekl.). Rep. V. 113/01	253
„	Urt. v. 12. Juni i. S. P. (Kl.) w. E. Ehel. (Bekl.). Rep. V. 85/01	363
„	Urt. v. 12. Juni i. S. K. (Kl.) w. W. Ehefr. (Bekl.). Rep. V. 119/01	6
„	Urt. v. 13. Juni i. S. W. (Bekl.) w. Ehefrau W. (Kl.). Rep. V. 113/01	368
„	Urt. v. 14. Juni i. S. Wwe. B. u. Gen. (Bekl.) w. Wwe. B. (Kl.). Rep. II. 109/01	331
„	Urt. v. 17. Juni i. S. Aktiengesellschaft deutsche Werkzeugmaschinenfabrik, vorm. S. & St. (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. I. 63/01	10
„	Urt. v. 17. Juni i. S. O. (Kl.) w. O. (Bekl.). Rep. IV. 124/01	370
„	Urt. v. 18. Juni i. S. Gräfin v. A. (Kl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. VII. 157/01	257
„	Urt. v. 19. Juni i. S. der Schutzbohrgemeinschaft der vereinigten Kaliwerke u. Gen. (Bekl.) w. die Mansfeld'sche kupferschieferbauende Gewerkschaft (Kl.). Rep. V. 71/01	261
„	Urt. v. 20. Juni i. S. Dr. E. (Bekl.) w. Kl. u. D. (Kl.). Rep. VI. 75/01	269
„	Urt. v. 21. Juni i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. VII. 148/01	278
„	Urt. v. 21. Juni i. S. Neue Maschinenbauer-Krankenkasse (Kl.) w. Allg. Elektricitätsgesellschaft (Bekl.). Rep. VII. 150/01	16

		Seite
1901.	Urt. v. 21. Juni i. S. der Firma S. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. II. 150/01	20
„	Urt. v. 21. Juni i. S. L. (Kl.) w. L. (Bekl.). Rep. II. 152/01	374
„	Urt. v. 26. Juni i. S. Gebr. Sch. & S. (Kl.) w. F. (Bekl.). Rep. I. 162/01	376
„	Urt. v. 27. Juni i. S. Gute Hoffnungshütte (Bekl.) w. Sp. (Kl.). Rep. V. 133/01	281
„	Urt. v. 28. Juni i. S. V. Konkursmasse (Kl. u. Widerbekl.) w. J. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. III. 105/01	189
„	Urt. v. 28. Juni i. S. H. (Kl.) w. R. u. K. (Bekl.). Rep. III. 117/01	26
„	Urt. v. 28. Juni i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. Vers.-Akt.-Ges. P. (Kl.). Rep. VII. 162/01	22
„	Urt. v. 1. Juli i. S. P. (Bekl.) w. National-Hypotheken-Kreditgesellschaft, eingetragene Genossenschaft m. b. H., in St. (Kl.). Rep. I. 117/01	29
„	Urt. v. 2. Juli i. S. M. (Bekl.) w. R. (Kl.). Rep. VII. 132/01	192
„	Urt. v. 3. Juli i. S. Aktienges. C. L. (Bekl.) w. Société anonyme des Usines A. E. D. (Kl.). Rep. I. 141/01	33
„	Urt. v. 4. Juli i. S. U. Ehefr. (Kl.) w. U. (Bekl.). Rep. VI. 153/01	37
„	Urt. v. 5. Juli i. S. Vers.-Ges. J. (Bekl.) w. B. u. Gen. (Kl.). Rep. VII. 165/01	195
„	Urt. v. 6. Juli i. S. F. (Bekl. u. Widerkl.) w. Ehel. St. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 150/01 . . . 38.	381
„	Urt. v. 8. Juli i. S. K. (Kl.) w. J. u. Gen. (Bekl.). Rep. IV. 122/01	44
„	Urt. v. 11. Juli i. S. Sch. & Co. u. Gen. (Bekl. u. Widerkl.) w. H. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. VI. 151/01	49
„	Urt. v. 12. Juli i. S. S. (Bekl.) w. H. (Kl.). Rep. III. 176/01	56
„	Urt. v. 12. Juli i. S. L. & E. (Kl.) w. S. (Bekl.). Rep. II. 186/01	52

		Seite
1901.	Urt. v. 12. Juli i. S. S. (Kl.) w. R. & Co. (Bekl.). Rep. II. 186/01	381
„	Urt. v. 13. Juli i. S. K. (Kl.) w. S. (Bekl.). Rep. I. 65/01	59
„	Urt. v. 16. September i. S. U. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. VI. 164/01	64
„	Urt. v. 17. September i. S. L. (Kl.) w. C. (Bekl.). Rep. VII. 189/01	66
„	Urt. v. 19. September i. S. G. (Bekl.) w. H. (Kl.). Rep. VI. 169/01	285
„	Urt. v. 19. September i. S. B. Erben (Bekl.) w. O. (Kl.). Rep. VI. 196/01	287
„	Beschl. v. 20. September i. S. Br. u. Gen. (Kl.) w. B. (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 104/01	3. 386
„	Beschl. v. 24. September i. S. E. (Kl.) w. H. & Co. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 121/01	388
„	Urt. v. 24. September i. S. G. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. II. 191/01	72. 388
„	Urt. v. 24. September i. S. E. (Kl.) w. F., Erste Deutsche Kautions- u. Allg. Vers.-Anst. (Bekl.). Rep. VII. 196/01	290
„	Urt. v. 25. September i. S. Aktiengesellschaft Deutsche Tageszeitung (Bekl.) w. Th. (Kl.). Rep. I. 142/01	77
„	Urt. v. 25. September i. S. R. u. Gen. (Bekl.) w. D. u. Gen. (Kl.). Rep. V. 163/01	392
„	Urt. v. 26. September i. S. Gr. (Bekl.) w. Gr. Testaments-vollstrecker (Kl.). Rep. VI. 181/01	81
„	Urt. v. 26. September i. S. L. Ehefr. (Bekl.) w. L. (Kl.). Rep. VI. 346/01	396
„	Urt. v. 28. September i. S. Gewerkschaft H. S. (Kl.). w. Schl. (Bekl.). Rep. V. 241/01	292
„	Urt. v. 30. September i. S. M. (Bekl.) w. Staatsanwaltschaft (Kl.). Rep. VI. 168/01	83
„	Urt. v. 1. Oktober i. S. A. (Kl.) w. preuß. Steuerfiskus (Bekl.). Rep. VII. 227/01	299

		Seite
1901.	Urt. v. 3. Oktober i. S. F. (Kl.) w. D. (Bekl.). Rep. IV. 178/01	398
„	Urt. v. 5. Oktober i. S. der Deutschen Transport-Vers.-Ges. in B. (Kl.) w. U. (Bekl.). Rep. I. 167/01	92
„	Urt. v. 5. Oktober i. S. Firma Gebr. Br. u. Gen. (Bekl.) w. Graf v. B.-Kl. (Kl.). Rep. V. 191/01 . . . 303.	85
„	Urt. v. 5. Oktober i. S. B. (Kl.) w. Gl. (Bekl.). Rep. V. 191/01	300
„	Urt. v. 8. Oktober i. S. H. (Kl.) w. H. M. (Bekl.) und G. (Nebenintervv.). Rep. II. 194/01	97
„	Urt. v. 8. Oktober i. S. L. (Bekl.) w. Gebr. R. (Kl.). Rep. II. 212/01	101
„	Urt. v. 8. Oktober i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. offene Handelsgesellschaft D. (Kl.). Rep. VII. 242/01	303
„	Urt. v. 9. Oktober i. S. Dr. O. D. (Bekl.) w. J. H. B. & Co. (Kl.). Rep. I. 177/01	103
„	Urt. v. 10. Oktober i. S. O. (Bekl.) w. R. u. R. (Kl.). Rep. VI. 202 u. 203/01.	401
„	Urt. v. 11. Oktober i. S. S. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. VII. 222/01	403
„	Urt. v. 12. Oktober i. S. Z. (Kl.) w. Z. (Bekl.). Rep. V. 199/01 . . . . . 306.	106
„	Urt. v. 15. Oktober i. S. U. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 185/01	111
„	Urt. v. 15. Oktober i. S. W. (Kl.) w. F. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 228/01	405
„	Urt. v. 17. Oktober i. S. Sch. (Bekl. u. Widerkl.) u. Gen. (Nebenintervv.) w. H.-Brauerei-Gesellsch. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. VI. 209/01	201
„	Urt. v. 17. Oktober i. S. K. (Kl.) w. le Cl. (Bekl.). Rep. VI. 220/01	306
„	Urt. v. 18. Oktober i. S. des Amtsrichters E. (Kl.) w. Großherzogl. hess. Fiskus (Bekl.). Rep. III. 181/01	112
„	Urt. v. 22. Oktober i. S. S. u. G. (Bekl.) w. B. & Co. (Kl.). Rep. II. 229/01	411

		Seite
1891.	Urt. v. 23. Oktober i. S. H. K. (Bekl.) w. P. K. (Kl.) Rep. V. 216/01	415
„	Urt. v. 25. Oktober i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. III. 273/01	127
„	Urt. v. 25. Oktober i. S. W. (Bekl.) w. W. Kunstmühlenwerke (Kl.). Rep. VII. 244/01	419
„	Urt. v. 25. Oktober i. S. S. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. II. 209/01	126
„	Urt. v. 25. Oktober i. S. S. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. II. 219/01	421
„	Urt. v. 25. Oktober i. S. F. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. II. 234/01	332
„	Urt. v. 25. Oktober i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. III. 273/01	204
„	Urt. v. 26. Oktober i. S. Reichsbank (Kl.) w. offene Handelsgesellschaft G. L. (Bekl.). Rep. I. 166/01	132
„	Urt. v. 26. Oktober i. S. Konkursm. L. (Kl.) w. B. (Bekl.). Rep. V. 223/01	127
„	Urt. v. 28. Oktober i. S. N. u. W. (Bekl.) w. K. u. d'H. (Kl.). Rep. I. 208/01	141
„	Urt. v. 29. Oktober i. S. M. & Sohn (Kl.) w. Gemeinde N.-S. (Bekl.). Rep. VII. 278/01	409
„	Urt. v. 29. Oktober i. S. der Gemeinheitst.-Interessenten zu St. (Kl.) w. Sch. (Bekl.). Rep. VII. 371/01	311
„	Urt. v. 30. Oktober i. S. W. (Kl.) w. Gesellschaft Gr. C. (Bekl.). Rep. VII. 218/01	150
„	Urt. v. 30. Oktober i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. IV. 221/01	155
„	Urt. v. 1. November i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. P. Straßenbahn-Aktiengesellschaft (Kl.). Rep. VII. 254/01	312
„	Urt. v. 1. November i. S. B. (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. II. 230/01	157
„	Urt. v. 6. November i. S. St. (Kl.) w. A. (Bekl.). Rep. V. 236/01	162. 425
„	Urt. v. 7. November i. S. W. (Kl.) w. Sch. Erben (Bekl.). Rep. VI. 94/00	427

		Seite
1891.	Urt. v. 8. November i. S. der offenen Handelsgesellschaft H. L. (Bekl.) w. die offene Handelsgesellschaft Gebr. J. (Kl.). Rep. VII. 262/01	425
„	Urt. v. 11. November i. S. L. Ehefr. (Bekl.) w. L. (Kl.). Rep. VI. 172/01	167
„	Urt. v. 12. November i. S. Konkurs H. (Kl.) w. Stadtgemeinde Köln (Bekl.). Rep. II. 270/01	317
„	Urt. v. 13. November i. S. B. & Co. (Kl.) w. L. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 247/01	319
„	Urt. v. 15. November i. S. Tiefbauberufsgenossenschaft (Bekl.) w. T. (Kl.). Rep. II. 234/01	170
„	Urt. v. 16. November i. S. M. (Bekl.) w. A. D. & Fils (Kl.). Rep. I. 235/01	174
„	Urt. v. 18. November i. S. D. (Kl.) w. v. S. (Bekl.). Rep. I. 216/01	429
„	Urt. v. 18. November i. S. R. M. S. (Bekl.) w. J. C. B. u. Gen. (Kl.). Rep. I. 237/01	182
„	Urt. v. 18. November i. S. Kunstprägerei B. (Bekl.). w. S. (Kl.) Rep. I. 241/01	179
„	Urt. v. 19. November i. S. H. (Kl.) w. preuß. Steuerfiskus (Bekl.). Rep. VII. 308/01	321

Zusammenstellung

der

im neunundvierzigsten Bande

mitgeteilten Entscheidungen

nach

Oberlandesgerichtsbezirken.

Berlin . . . . . 4. 6. 7. 13. 19. 20. 26. 42. 50. 53. 54. 62. 71. 85. (97.) 101. 102. 104. 105. 106.

Bamberg . . . 5. 35.

Breslau . . . . 39. 56. 87. 89. (110.) 111.

Celle . . . . . (32.) 49. 67.

Colmar . . . . 1.

Darmstadt . . 30. 36. 47. 80.

Dresden . . . . 3. 9. 18. 40. 43. 100.

Hamburg . . . 10. 14. 16. 17. 21. 24. 27. 41. 44. 48. 88. 95. 98. 103.

Hamm . . . . . 22. 23. 33. 58. 63. 66. 69. 70. 73. 77. 78. 96.

Jena . . . . . 91.

Karlsruhe . . 79. 81.

Kassel . . . . . 29.

Kiel . . . . . 57. 68.

Köln . . . . . 12. 25. 76. 86. 88. 92. 99.

Königsberg . . (31.) 64. 65. 109.

Marienwerder 59. 82. 84.

Naumburg . . 2. 51. 60. 61. 90. 93. 108.

Oldenburg . . 45.

Posen . . . . . 11. 28. 38. (72.) 75. (94.) 113.

Rostock . . . . . 107.

Stettin . . . . 8. 15. 37. 52. 74. 112.

Stuttgart . . 34. 46. 55.

Berichtigungen.

Achtzehnter Band.

S. 460 Sp. 1 Z. 12 v. o. statt „9" lies „8", und statt „257" lies „237".

Dreiundzwanzigster Band.

S. 428 Z. 6 v. u. statt „worden" lies „werden".
„ 458 Sp. 2 Z. 18 v. u. hinter „malo" schieb ein „l. 8".

Vierzigster Band.

S. 395 Z. 11 v. o. statt „M" lies „N".
„ 463 „ 11 v. o. statt „M" lies „N".

Dreiundvierzigster Band.

S. 441 Sp. 2 Z. 2 v. u. statt „Verpfändung" lies „Vorpfändung".

Siebenundvierzigster Band.

S. 119 Z. 7 v. o. statt „Beklagter seiner Käuferin" lies „Kläger seiner Verkäuferin".
„ 457 „ 10 v. u. statt „VIII" lies „VII".

Stanford Law Library
3 6105 06 149 442 8